

LE CONTRAT ET LES RÈGLES DE PREUVE

Léo Ducharme

Volume 15, numéro 2, 1985

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1109334ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/19741>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Ducharme, L. (1985). LE CONTRAT ET LES RÈGLES DE PREUVE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 15(2), 693–729.

<https://doi.org/10.17118/11143/19741>

LE CONTRAT ET LES RÈGLES DE PREUVE

par Léo DUCHARME*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	695
I — LES RÈGLES DE PREUVE RELATIVES AU CONTRAT ÉCRIT	695
A — De l'obligation d'alléguer et de produire l'original d'un contrat écrit ou une copie qui en tient lieu	696
1 — Obligation d'alléguer l'existence d'un contrat écrit	696
2 — Obligation de produire l'original du contrat écrit ou une copie qui en tient lieu	697
B — Force probante de l'écrit régulièrement produit	699
1 — Force probante de l'acte notarié	699
2 — Force probante de l'acte sous seing privé	705
C — De la preuve à l'encontre d'un écrit valablement fait ..	711
II — LES RÈGLES DE PREUVE RELATIVES AU CONTRAT ORAL	716
A — Le régime de preuve en matière civile	718
1 — Le principe: la preuve testimoniale est irrecevable pour prouver un contrat civil	718
2 — Les exceptions à la prohibition de la preuve testimoniale	719

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

B — Le régime de preuve en matière commerciale	726
1 — Le principe de la libre recevabilité de la preuve testimonial en matière commerciale	727
2 — Les exceptions de l'article 1235 C.c.	727
CONCLUSION	729

INTRODUCTION

Le contrat est la loi des parties, mais à la différence de la loi générale qui est censée connue du juge, le contrat, loi des parties, doit être allégué et prouvé. Un très grand nombre de règles gouvernent la preuve du contrat. Même si pour sa validité, le contrat n'est en principe soumis à aucune formalité et qu'il suffit de deux volontés concordantes sur un objet licite pour le parfaire, encore faut-il qu'au cas de manquement à la parole donnée, la partie lésée puisse faire la démonstration en justice de l'accord intervenu. Selon que cet accord aura revêtu ou non la forme écrite, sa situation sera fort différente. Dans le premier cas, une fois établi, par preuve directe ou par présomption, que l'écrit émane bien de ceux qui paraissent l'avoir signé, la preuve du réclamant sera complète et c'est au défendeur qu'il incombera de démontrer que l'écrit n'est pas le reflet exact de la volonté des parties. Pour être recevable cette preuve devra respecter certaines conditions très strictes énoncées à l'article 1234 C.c. À l'inverse, si le contrat est simplement oral, c'est le réclamant qui verra sa liberté de manœuvres restreinte puisqu'en principe il ne pourra pas recourir à la preuve testimoniale pour l'établir. La prohibition de principe de la preuve testimoniale élève au niveau de règle de droit l'adage bien connu: "Les paroles s'envolent et les écrits demeurent". Au respect dont la loi entoure l'écrit comme moyen de preuve du contrat s'oppose donc la défaveur qu'elle jette sur la preuve testimoniale tant pour établir l'existence d'un contrat oral que pour contredire les termes d'un contrat écrit. C'est d'ailleurs ce que nous allons avoir l'occasion de vérifier plus amplement en étudiant dans une première partie les règles de preuve et le contrat écrit et les règles de preuve et le contrat oral.

I — LES RÈGLES DE PREUVE RELATIVES AU CONTRAT ÉCRIT

Trois séries de règles s'appliquent au contrat écrit. La première a pour objet de contraindre celui qui réclame en justice l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat écrit, à alléguer et à produire l'original de cet écrit ou une copie qui légalement en tient lieu. La deuxième concerne la force probante que la loi attache aux écrits qui constatent un contrat et, enfin, la troisième se rapporte à la recevabilité des moyens de preuve pour contredire les termes d'un contrat écrit valablement fait.

A — De l'obligation d'alléguer et de produire l'original d'un contrat écrit ou une copie qui en tient lieu

1- Obligation d'alléguer l'existence d'un contrat écrit

La question que nous entendons aborder ici se rattache au problème plus général de savoir s'il est obligatoire pour une partie d'alléguer les écrits sur lesquels elle entend fonder sa demande ou sa contestation. Aussi étonnant que cela puisse paraître, cette question ne paraît pas avoir fait l'objet de décisions judiciaires explicites. C'est peut-être parce que les plaideurs ont toujours reconnu d'emblée l'existence d'une telle obligation que les tribunaux n'ont pas eu à intervenir. Quoi qu'il en soit, nous pensons que cette obligation résulte de l'article 77 C.p.c. On objectera peut-être qu'un écrit est un moyen de preuve et qu'en tant que tel il n'est pas visé par l'article 77 C.p.c. À cette objection on peut répondre que l'existence même d'un écrit est un fait distinct du fait principal qu'il sert à établir, fait qui est lui-même susceptible de preuve. En effet, quelle que soit la nature de l'écrit sur lequel on entend se fonder pour établir un droit, qu'il s'agisse d'un écrit authentique, d'un écrit semi-authentique ou d'un écrit sous seing privé, cet écrit ne fera preuve que s'il est établi qu'il émane bien des personnes qui paraissent l'avoir signé. Prenons le cas de l'acte authentique. Même si en vertu de l'article 1207 C.c., un tel acte fait preuve de son contenu sans qu'il y ait lieu de prouver la signature, non plus que le sceau qui y est attaché, ni le caractère de l'officier public, c'est à la condition que cet écrit soit produit. L'existence même d'un écrit authentique est donc un fait qui doit être allégué, car autrement il y a risque de prendre la partie adverse par surprise. Cela est d'autant plus vrai que la loi ne permet pas qu'on puisse contredire les énonciations d'un acte authentique sur les faits que l'officier avait mission de constater sans recourir à la procédure de l'inscription en faux. Comment l'adversaire à qui on aurait dissimulé jusqu'au jour de l'enquête, l'existence même de l'acte authentique qu'on entend lui opposer, pourrait-il se prévaloir de cette procédure, sinon en demandant un ajournement avec tous les inconvénients qu'une telle demande implique. D'où l'on voit que le régime même de la contestation des écrits authentiques exige que soit spécialement allégué dans les pièces de procédure, tout document authentique sur lequel une partie entend fonder l'un des éléments essentiels de son droit. De même, le régime prévu par l'article 89 concernant la contestation des écrits sous seing privé nous conduit à la même conclusion. Comment une partie pourrait-elle dénier sous serment l'écrit qu'on lui oppose, si l'adversaire omet d'alléguer dans ses procédures l'existence de cet écrit et attend au jour de l'enquête pour le produire?

C'est pourquoi une partie ne devrait pas pouvoir produire directement à l'enquête un écrit se rapportant à un élément essentiel de son droit si elle a fait défaut d'alléguer l'existence de cet écrit dans ses pièces de procédure. Elle devrait au préalable obtenir du tribunal l'autorisation de remédier à son omission par voie d'amendement. De plus cette autorisation ne devrait être accordée que sous réserve du droit de la partie adverse d'obtenir un ajournement pour lui permettre de faire face à la nouvelle situation¹.

2- Obligation de produire l'original du contrat écrit ou une copie qui en tient lieu

L'obligation de produire l'original d'un contrat écrit ou une copie qui en tient lieu résulte de la règle de la meilleure preuve codifiée à l'article 1204 C.c. Si l'écrit est un acte sous seing privé, c'est l'original du contrat qui doit être représenté. Si l'écrit est un acte notarié en minute, c'est une copie authentique délivrée par le notaire gardien de la minute qui devra être produite. Il convient de souligner notamment, tel que l'a affirmé un arrêt récent de la Cour supérieure, que la copie d'un acte notarié délivrée par le registrateur ne satisfait pas aux exigences de l'article 1204 C.c.².

Lorsqu'un écrit est invoqué au soutien d'un élément essentiel de la demande, il doit être produit au greffe avec inventaire avant l'expiration du délai accordé au défendeur pour comparaître (art. 147 C.p.c.). C'est en sens, à notre avis, qu'il faut interpréter l'arrêt de principe en la matière, à savoir l'arrêt *Rochester c. E.B. Eddy Co.*³. C'est ainsi, que celui qui réclame un droit lui résultant d'un écrit constatant un contrat d'assurance⁴, une cession de créance⁵, un transport d'hypothèque⁶ ou un bail⁷ doit, aux termes de l'article 147 C.p.c., produire au greffe avec inventaire l'écrit constatant le contrat en question sans quoi le délai pour contester l'action sera suspendu. À l'inverse, si l'écrit invoqué se rapporte à un élément secondaire, le demandeur pourra attendre à l'enquête pour le produire. C'est ainsi qu'antérieurement à la réforme du droit des assu-

1. *V. Hôpital Youville de Noranda c. Guertin et Fils Limitée*, (1977) R.P. 91 (C.S.).

2. *Riberdy c. Beaumier*, (1983) C.S. 1132.

3. (1923) 26 R.P. 124 (B.R.).

4. *Sirken c. Troyansky*, (1925) 28 R.P. 297.

5. *General Exchange Insurance Corp. c. Larocque*, (1958) R.P. 343.

6. *Bolduc c. Plante*, (1943) 47 R.P. 99.

7. *Cute Togs Inc. c. Rosenblatt*, (1963) B.R. 275.

rances, l'assureur qui exerçait un recours contre le tiers responsable des dommages n'était pas tenu de produire la police d'assurance qui l'obligeait à indemniser son assuré⁸.

Dans le cas où il y a lieu à la production de documents aux termes de l'article 147 C.p.c., l'article 81 permet de remplacer provisoirement au dossier de la cour l'original par une reproduction certifiée, sous réserve toutefois du droit des autres parties d'en obtenir communication sur demande. Dans certains cas, une partie aurait intérêt à se prévaloir de ce droit afin de vérifier si l'original n'a pas été altéré, car une reproduction, même celle consistant dans une photocopie, ne permet pas toujours de déceler les altérations⁹.

Qu'arrive-t-il lorsqu'une partie invoque au soutien de sa demande un écrit qui n'est pas en sa possession? Pour bien faire apparaître que la non-production du document ne résulte pas d'un manquement de sa part, elle doit de toute nécessité alléguer ce défaut de possession. De plus, elle doit en donner les motifs afin de pouvoir, s'il y a lieu, faire une preuve secondaire de cet écrit.

Rappelons que les motifs reconnus par la loi pour donner ouverture à la preuve secondaire sont la rétention du document par la partie adverse ou par un tiers et la perte par cas imprévu. Si le document est en la possession d'un tiers dont la partie connaît l'identité, elle devrait l'identifier. Ainsi elle pourra ultérieurement demander au tribunal, aux termes de l'article 402 C.p.c., l'autorisation de l'assigner pour qu'il en donne communication. Si l'écrit est en la possession de la partie adverse, il convient de mettre dès lors celle-ci en demeure d'avoir à le produire, sous peine d'en voir faire la preuve secondaire.

Lorsque la perte du document est survenue alors que le document se trouvait en la possession du réclamant, celui-ci peut-il être admis à en faire la preuve secondaire en démontrant simplement que malgré de diligentes recherches il n'a pu le retrouver. Dans l'arrêt *Montreal Trust Co. c. Potvin*¹⁰, on a jugé que le tribunal pouvait dans de telles circonstances autoriser la preuve testimoniale après s'être assuré que la partie est de bonne foi et que la perte n'est pas un subterfuge pour pouvoir prouver plus que ce que l'écrit contenait ou

8. *Dale and Co. Ltd. c. J. Accurso Ltd.*, (1956) R.P. 123; *La Prévoyance c. Côté*, (1949) R.P. 61; *The Employers Liability Insurance Corp. c. Vestar Investment Ltd.*, (1950) R.P. 199 (B.R.).

9. *Gaudet c. Grimard*, (1967) B.R. 182.

10. (1973) C.S. 397.

un fait juridique qui ne pourrait être prouvé oralement sans écrit. Personnellement, nous avons émis de fortes réserves au sujet de cette interprétation, car les expressions "perte de bonne foi" et "perte par cas imprévu" ne nous paraissent pas synonymes. La bonne foi, en effet, se présume, mais non la survenance d'un cas imprévu. Nous croyons que celui qui ne peut retrouver dans ses dossiers un document qu'il y avait rangé, devrait à tout le moins prouver soit par preuve directe, soit par présomption que la perte résulte d'un cas imprévu¹¹. C'est cette approche qui a été adoptée dans l'affaire *MacPherson c. Canadian Javelin Ltd.*¹².

B — Force probante de l'écrit régulièrement produit

Lorsqu'il s'agit de déterminer la force probante d'un écrit régulièrement produit, une distinction s'impose entre le contrat revêtu de la forme notariée et celui qui a été rédigé sans l'intervention d'un officier public.

1- Force probante de l'acte notarié

Le notaire a comme fonction essentielle, celle d'être le témoin officiel d'actes juridiques. Sa qualité d'officier confère aux actes qu'il reçoit le caractère authentique. En tant qu'expression d'un acte juridique, l'écrit notarié renferme l'expression du consentement des parties ainsi que l'énoncé de l'objet de ces consentements. En tant qu'acte authentique, il contient l'attestation du notaire, en sa qualité de témoin. Lorsqu'il s'agit de déterminer la force probante du contrat notarié, une distinction s'impose entre les déclarations du notaire en sa qualité de témoin officiel et les déclarations des comparants en leur qualité de parties à l'acte juridique.

a) Force probante des déclarations du notaire

L'acte notarié perdrait une grande partie de sa valeur, si celui qui exhibe un tel acte notarié devait commencer par prouver qu'il a bel et bien été reçu par un notaire. C'est pourquoi la loi a établi une présomption d'authenticité fondée sur l'apparence. Dès qu'un acte est revêtu apparemment des formalités requises par la loi pour être un acte notarié, il est présumé authentique sans que celui qui l'invoque

11. L. DUCHARME, *Précis de la preuve*, 2^e éd., Éditions de l'Université d'Ottawa, no 328, p. 140; L. DUCHARME, "La preuve de la perte d'un document peut-elle s'inférer de recherches infructueuses faites pour le retrouver", (1973) 33 *R. du B.* 414.

12. (1982) C.S. 563.

ait à prouver la signature, ni la qualité de notaire de celui qui l'a reçu (art. 1207)¹³. Bien que la question n'ait guère été débattue en jurisprudence, nous estimons qu'il n'y a pas lieu à inscription de faux pour démontrer qu'un acte apparemment authentique émane d'une personne qui n'avait pas la qualité d'officier public¹⁴.

Lorsqu'il s'agit toutefois de contredire les déclarations du notaire sur des faits qu'il a mission de constater, le recours à la procédure de l'inscription en faux s'impose.

Le notaire comme nous l'avons déjà dit, a pour fonction d'être le témoin officiel des actes juridiques, c'est-à-dire des actes de volonté qui ont pour objet de créer, de modifier ou d'éteindre des droits. En cette qualité de témoin, il doit attester les faits suivants: qu'il y a eu expression d'un ou de plusieurs consentements en sa présence, que l'objet de ces consentements était tel que décrit à l'acte, que ces consentements ont été exprimés aux date et lieu indiqués et qu'ils émanent bien des personnes identifiées à l'acte.

Au sujet des consentements, ce que garantit le notaire, c'est que les parties ont signé l'acte en sa présence, ou dans le cas d'une personne incapable de signer, que cette personne a donné son consentement en présence d'un témoin qui a signé à sa place. Si un notaire déclare faussement qu'une signature a été apposée en sa présence, on devra s'inscrire en faux pour le démontrer¹⁵. Le notaire ne garantit toujours que l'apparence du consentement de sorte qu'il n'y a pas lieu à inscription de faux pour démontrer que le consentement émanait d'une personne incapable ou était entaché d'un vice. Ainsi une partie ne doit pas recourir à l'inscription en faux pour prouver qu'elle a signé un contrat notarié par erreur ou par suite de manoeuvres frauduleuses ou de menaces¹⁶.

Dans l'affaire *Isabelle c. Veillette*¹⁷, un mari a fait signer à son épouse, devant notaire, une quittance simulée par laquelle elle reconnaissait avoir reçu la somme de 5 000\$ en paiement anticipé d'une donation à cause de mort incluse dans leur contrat de mariage. Deux ans plus tard, elle s'est fait remettre cette somme contre une autre quittance. Après le décès du mari, les héritiers, croyant que le *de cuius* avait payé deux fois, ont pris une action en répétition de

13. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 11, no 49, p. 26.

14. *Ibid.*

15. *Turcot c. Bélisle*, (1977) C.A. 511.

16. *Lemay c. Fradet*, (1984) C.S. 280.

17. *Isabelle c. Veillette*, J.E. 84-107 (C.P.).

l'indu. La défenderesse s'est inscrite en faux contre la première quittance au motif que c'est son mari qui en a dicté le texte et que c'est par crainte qu'elle a accepté de la signer. Le tribunal a accueilli à tort ce recours. La défenderesse ayant signé en toute connaissance la quittance en question, l'acte reproduisait exactement sa volonté apparente et le notaire n'avait commis aucun faux.

Toutefois lorsqu'une partie a été induite en erreur sur l'objet même du contrat notarié, le recours à l'inscription en faux s'impose, car l'une des fonctions du notaire consiste à rapporter fidèlement dans son acte les déclarations des parties quant à l'objet de leur consentement. Il y a lieu notamment à inscription en faux pour prouver que le notaire a omis d'insérer dans son acte une clause que les parties lui ont demandé d'inclure¹⁸; que la description faite par le notaire dans l'acte de la propriété vendue ne correspond pas à celle que les parties lui ont donnée¹⁹; que le notaire a pris ses instructions d'une seule partie de sorte que l'acte de vente au lieu de porter sur un seul lot, tel que convenu, porte sur deux lots²⁰; que le notaire a fait signer aux parties un acte d'emprunt hypothécaire au lieu d'une cession de créance²¹; et que le notaire a fait signer à une partie un acte de donation entre vifs au lieu d'un testament²². Il y a également lieu à inscription de faux si l'acte mentionne qu'une somme a été payée comptant devant le notaire et qu'on prétend qu'il n'en fut pas ainsi. Dans un acte notarié de cession, le notaire, après l'indication du prix, avait ajouté ce qui suit: "que le cédant reconnaît avoir reçu comptant de la cessionnaire à l'exécution des présentes". Le tribunal y a vu l'affirmation par le notaire du paiement du prix en sa présence²³, alors que, selon nous, le notaire ne faisait que rapporter la déclaration du cédant au sujet du paiement comptant du prix²⁴.

En troisième lieu, le notaire atteste de la date et du lieu de l'expression des consentements. Il faut regretter que la *Loi du notariat* ne

18. *Vallée c. Corriveau*, (1947) B.R. 674.

19. R. COMTOIS, "Inscription en faux. Contestation d'authenticité d'un acte notarié", (1968-69) 71 *R. du N.* 197.

20. *Lemay c. Cloutier*, J.E. 80-13 (C.S.).

21. *Balthazar c. Émond*, (1948) B.R. 596.

22. *Marleau c. Marleau*, (1982) C.P. 328.

23. *Landry c. Walbrecq*, J.E. 84-663 (C.S.).

24. En ce sens: *Shoiry c. Les Placements Moberge*, (1968) B.R. 378 où l'on a jugé que l'inscription en faux n'était pas nécessaire pour contredire la déclaration suivante: "le débiteur reconnaît devoir au créancier présent et acceptant la somme de 35 000 \$ pour valeur reçue lors de l'exécution des présentes".

soit pas plus précise au sujet de la date et du lieu de l'acte notarié. Quant à la date, l'article 44 de la *Loi du notariat* se contente d'énoncer que l'acte spécifie la date de l'acte. Par ailleurs, l'article 45 alinéa 1 énonce: "L'acte notarié est déclaré reçu au lieu où il est clos". Quant à la clôture de l'acte, c'est l'article 40 qui la décrit ainsi:

"40.1 L'acte notarié est clos par la signature des parties, du notaire assistant et des témoins requis suivant le cas, en présence du notaire instrumentant et par la signature de ce dernier, qui doit être apposée le jour où la dernière des parties à signer l'a fait."

De l'ensemble de ces dispositions, il résulte, à notre avis, que la date de l'acte est celle où il est devenu complet par la signature du notaire instrumentant. Comme, par ailleurs, la loi lui fait obligation de signer le jour de la dernière signature, il y a présomption que la date de l'acte est également celle de cette dernière signature. Pour prouver le contraire il y aurait lieu à inscription de faux²⁵.

Quatrièmement, le notaire garantit l'identité des parties. Au sujet de l'identité des parties, l'article 41 de la *Loi du notariat* énonce que le notaire doit connaître l'identité des parties dont il reçoit la signature, sinon cette identité doit lui être attestée par une personne majeure qu'il connaît, qui intervient à l'acte à cette fin et le signe.

Le notaire seul ou par l'intermédiaire d'un témoin certificateur est garant de l'identité des parties. Si on prétend qu'il y a eu supposition de personne, il faudrait, en principe, s'inscrire en faux. Cette solution s'impose lorsqu'un notaire atteste seul l'identité des parties. Toutefois s'il a eu recours à un témoin certificateur, l'inscription en faux ne serait peut-être pas nécessaire; une simple demande de nullité paraîtrait suffisante vu que le notaire se serait contenté alors de rapporter les déclarations de ce témoin²⁶.

Les déclarations du notaire, dans l'acte, quant à l'état des parties, leur domicile, leur occupation et leur qualité ne font pas foi jusqu'à inscription de faux et peuvent être contredites par une simple preuve contraire.

Lorsqu'il y a lieu à inscription de faux, il est essentiel de mettre en cause le notaire concerné²⁷. À l'occasion d'une telle procédure, tous les moyens de preuve sont recevables y compris la preuve testi-

25. *Lemay c. Fradet*, (1984) C.S. 280.

26. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 11, no 66, p. 33.

27. *Les Immeubles Canton Ltd. c. Imperial Oil Ltd.*, (1975) C.A. 770; *Langlois c. Michaud*, (1982) R.P. 6; *Contra: Isabelle c. Veillette*, J.E. 84-107 (C.P.).

moniale, l'article 1234 ne s'appliquant pas dans ce cas vu qu'il s'agit alors de débattre si l'écrit a été valablement fait.

On doit maintenant se demander ce qu'il advient lorsque sur inscription de faux, il est démontré que les affirmations du notaire concernant l'un ou plusieurs des faits qu'il avait mission de constater sont fausses. L'acte devient-il alors nul pour le tout en tant qu'acte authentique de sorte qu'il ne pourrait plus désormais valoir qu'en tant qu'acte sous seing privé aux termes de l'article 1221 C.c.? La question présente un intérêt certain dans le cas des actes solennels, comme l'hypothèque, la donation, le contrat de mariage etc.

Par exemple, si un notaire, dans un acte d'hypothèque, par erreur ou de propos délibéré, inscrit une fausse date, est-ce qu'on pourra, par la procédure de l'inscription en faux et sur preuve de la fausse date, faire déclarer l'acte nul comme authentique? On sait que ce problème s'est posé dans l'affaire *Forcier c. Lamarre*²⁸ et que la Cour d'appel a refusé d'accéder à la demande d'un syndic qui voulait faire déclarer nul un acte d'hypothèque consenti par le failli que le notaire avait antidaté d'une année. Le tribunal n'a pas davantage annulé l'acte parce que le notaire avait faussement attesté que le créancier l'avait signé en sa présence. Quant au premier motif de faux, à savoir l'antidate, comme il était avéré que l'acte d'hypothèque avait été signé par le débiteur en dehors de la période suspecte précédant sa faillite, la Cour d'appel a jugé que la fausse date ne pouvait affecter la validité de l'acte. Quant au deuxième motif, à savoir l'absence de consentement du créancier en présence du notaire, la Cour d'appel l'a rejeté au motif que l'hypothèque est un acte unilatéral émanant du propriétaire de l'immeuble de sorte que c'est ce seul consentement qui doit être obligatoirement recueilli par le notaire, le consentement du créancier pouvant être établi par n'importe quel autre moyen.

Il résulte donc de cet arrêt qu'il existe certaines sortes de faux qui n'entraînent pas automatiquement la nullité de l'acte notarié en tant que tel. Il en est ainsi d'un faux quant à la date²⁹, quant au lieu et quant à la lecture de l'acte. Par contre, l'acte notarié sera nul comme authentique si le faux porte sur l'identité ou la signature d'une personne dont le consentement était essentiel à la validité de l'acte ou encore si le faux affecte la substance même de l'acte, comme dans le cas où le notaire aurait fait signer à une partie un contrat complètement différent de celui qu'elle avait en vue. À titre d'exemple, il

28. (1944) B.R. 106.

29. *Lemay c. Fradet*, (1984) C.S. 280.

convient de mentionner l'affaire *Balthazar c. Emond*³⁰ où le notaire avait fait signer aux parties un acte d'emprunt hypothécaire au lieu d'une cession de créance hypothécaire.

Si tout faux n'entraîne pas nécessairement la nullité de l'acte qui le renferme, le problème se soulève donc de savoir s'il est possible de recourir à l'inscription de faux pour le rectifier. Il semble bien que la chose soit possible. Ainsi, dans l'affaire *Gendron c. Panneton*³¹, le tribunal a accueilli une inscription en faux en vue de corriger la date d'un contrat de mariage. Le contrat avait été passé le 10 septembre 1953 et noté par le notaire sous cette date dans son répertoire. Les époux s'étaient mariés le 12 septembre. Le notaire, par erreur, avait inscrit au contrat la date du 14 septembre. Le jugement a ordonné que la date du 10 septembre soit substituée à la date du 14 septembre. Par ailleurs, dans un arrêt récent la Cour d'appel a affirmé qu'une inscription en faux peut être accueillie à seule fin de supprimer d'un acte notarié une mention erronée que le notaire y a faite³². De même, on devrait admettre que si un notaire a omis d'insérer dans son acte une clause qui devait s'y trouver, il y a ouverture à inscription de faux en vue de corriger cette omission.

b) Force probante des déclarations des parties

Le notaire n'est pas garant de l'exactitude des déclarations des parties. Il garantit seulement que ces déclarations émanent bien d'elles. En conséquence, on ne doit pas recourir à l'inscription de faux lorsqu'il s'agit de démontrer que les déclarations des parties dans un acte notarié sont fausses ou inexactes. Il en est notamment ainsi lorsqu'il s'agit de prouver qu'un acte notarié constate un contrat simulé³³; que le notaire, à l'occasion de la préparation d'une quittance, a fait une erreur dans le calcul du montant des intérêts³⁴; que, dans un acte notarié, une épouse a agi comme prête-nom de son mari³⁵; et que l'acte ne mentionne pas la véritable considération³⁶.

30. (1948) B.R. 593.

31. Cité par Roger COMTOIS, "Inscription en faux — contrat de mariage — rectification ordonnée par le juge", (1972-73) 75 R. du N. 410. Voir également *Toloni c. Bairaktrais*, cité et commenté par le même auteur: (1979-80) 82 R. du N. 99.

32. *René Labelle Realities Ltd. c. Héritiers légaux de Royal Larose*, (1983) R.D.J. 209 (C.A.).

33. *Simard c. Tremblay*, (1929) 46 B.R. 158; *Matte c. Matte*, (1962) B.R. 521.

34. *Colerette c. Paquin*, J.E. 79-790 (C.P.).

35. *Abécassis c. Abécassis*, (1980) C.A. 178.

36. *Périard c. Paiement*, (1979) C.A. 311.

Même si le notaire ne garantit pas l'exactitude des déclarations des parties, celles-ci doivent quand même être tenues pour vraies, tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers. Elles peuvent toutefois être contredites par une preuve contraire qui respecte les termes de l'article 1234 C.c. Avant d'étudier la portée de cet article, il convient d'étudier la force probante de l'acte sous seing privé.

2- Force probante de l'acte sous seing privé

Un acte sous seing privé est un écrit par lequel une ou plusieurs personnes expriment, sans l'intervention d'un officier public, un consentement à un acte juridique. Comme c'est, en règle générale, par l'apposition de ses noms patronymiques qu'une personne manifeste son accord aux termes d'un écrit, ce consentement prendra le plus souvent la forme d'une signature d'où l'appellation "écrit sous seing privé", le mot seing signifiant signature. Selon que l'acte juridique constaté dans l'écrit est un acte unilatéral, c'est-à-dire un acte qui émane d'une seule personne ou un acte bilatéral, c'est-à-dire engageant plusieurs personnes, l'écrit renfermera le consentement d'une ou de plusieurs personnes³⁷.

À la différence de l'acte authentique, l'écrit sous seing privé ne bénéficie d'aucune présomption d'authenticité. C'est pourquoi, pour qu'un tel écrit puisse faire foi de ses énonciations, il faut au préalable établir l'authenticité des signatures et de plus que lorsque ces signatures ont été apposées l'écrit était tel qu'il est maintenant. En d'autres termes, la confection du document doit être prouvée. Une fois la confection de l'écrit prouvée, ses énonciations vont faire foi.

a) Nécessité de prouver la confection de l'écrit sous seing privé

Deux situations doivent être distinguées. Celle où l'écrit sous seing privé est opposé à un tiers et celle où l'écrit sous seing privé est opposé à l'une des parties.

i) Preuve de la confection d'un écrit à l'égard des tiers

Même si une convention n'engendre des droits et des obligations qu'à l'égard de ceux qui y sont parties en vertu du principe de la relativité des contrats, ces droits et ces obligations sont toutefois opposables aux tiers. Celui qui veut opposer à un tiers un contrat écrit auquel il est partie, devra, conformément aux règles que nous avons vues précédemment, alléguer ce contrat dans ses procédures écrites et voir à ce qu'il soit régulièrement produit.

37. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 11, no 122, p. 61.

Si le tiers admet que l'écrit a bien été signé tel quel par ceux dont les signatures y sont inscrites, aucune autre preuve de la confection régulière de l'écrit ne sera nécessaire. Cet aveu pourra résulter des pièces de procédure. Il pourra même émaner du procureur lors de l'enquête³⁸.

Si le tiers, dans sa défense, se contente de déclarer "qu'il ignore" l'existence de l'écrit, le réclamant serait bien avisé de recourir à la procédure de l'article 403 C.p.c. pour le mettre en demeure d'avoir à reconnaître son authenticité. Ainsi, il pourra savoir si le tiers insiste bien pour qu'une preuve formelle de cette authenticité soit faite lors de l'enquête. De plus, si après coup, cette insistance se révélait injustifiée, le tiers pourrait être condamné aux dépens qu'il aurait inutilement occasionnés.

Si l'écrit n'est pas reconnu spontanément par le tiers ou à la suite d'une mise en demeure en vertu de l'article 403 C.p.c., le réclamant aura l'obligation d'en prouver la confection lors de l'enquête. Cette preuve se fera en prouvant que les parties à cet acte l'ont bien signé tel quel. Si cette preuve est faite, l'écrit fera foi de ses énonciations sous réserve de l'article 1225 que nous analyserons plus loin.

ii) **Preuve de la confection de l'écrit sous seing privé entre les parties**

Ici il faut distinguer deux situations: le cas où la preuve écrite doit être produite à l'appui d'un acte de procédure conformément à l'article 80 et, en deuxième lieu, le cas où la preuve écrite est produite directement à l'enquête. Nous allons commencer par la deuxième situation qui est la plus facile.

aa) **Cas où la preuve écrite est produite directement à l'enquête**

Il y a lieu de rappeler, tout d'abord, qu'en pratique ce n'est que très exceptionnellement qu'une partie pourra différer jusqu'au stade de l'enquête la production d'un écrit qui émane apparemment de la partie adverse. En effet, dans la majorité des cas, un tel écrit revêtira une importance capitale pour le succès de l'action de sorte qu'il sera nécessaire, tel que nous l'avons vu précédemment, d'en alléguer l'existence dans les procédures écrites et de le produire au greffe conformément à l'article 147 C.p.c.

Quoi qu'il en soit, dans les cas où la production de l'écrit peut avoir lieu à l'enquête, on doit procéder de la façon suivante. L'écrit doit être produit par un témoin qui l'a en sa possession et, tout

38. Voir *Leblanc c. Argo Construction Ltd.*, (1976) C.A. 239.

comme dans le cas d'un écrit opposé à un tiers, il faut prouver l'authenticité des signatures qui y apparaissent.

bb) Cas de l'écrit produit au soutien d'un acte de procédure

Lorsqu'une partie se voit opposer par un acte de procédure un acte qui apparemment émane d'elle, elle se trouve automatiquement, par l'effet de l'article 89 C.p.c., mise en demeure d'avoir à dénier sous serment cet écrit sans quoi celui-ci sera tenu pour reconnu. L'objet de cette mise en demeure porte exclusivement sur la confection de l'écrit, c'est-à-dire sur la question de savoir si cet écrit a été signé tel quel par celui à qui on l'oppose. Celui-ci, doit donc se poser en premier lieu la question suivante: est-ce bien ma signature? Si la réponse est affirmative, il ne peut dénier l'écrit en question et ce même si cette signature a été apposée à la suite d'une erreur ou a été extorquée par fraude ou par des menaces.

La partie doit ensuite se demander si l'écrit a été signé tel quel, c'est-à-dire si elle l'a signé alors que l'écrit comportait les mêmes énonciations que celles qui s'y trouvent présentement. Si elle prétend que postérieurement à la signature des mentions y ont été ajoutées ou retranchées, elle doit dénier sous serment les mentions en question. Par contre, si tout en reconnaissant qu'elle a signé l'écrit tel quel, elle prétend que certaines énonciations sont fausses, elle ne peut alors "dénier" cet écrit. Il s'agit pour elle de chercher à contredire cet écrit. Ce n'est pas alors le régime de l'article 89 qui s'applique, mais celui de l'article 1234 C.c.

La mise en demeure automatique résultant de l'article 89 C.p.c. ne s'applique toutefois que dans les cas donnant lieu à une contestation écrite. Dans l'affaire *Gallant c. Les Habitations Vauresson Inc.*³⁹, on a jugé que lorsque l'écrit est invoqué à l'appui d'une requête en contestation d'un état de collocation, l'article 89 C.p.c. ne s'applique pas vu qu'en vertu de l'article 725 C.p.c., il n'y a pas lieu de répondre par écrit à une telle requête, à moins que le tribunal n'en ordonne autrement. On peut se demander cependant si l'intimé qui entend contester l'authenticité d'un écrit qui lui est opposé dans une requête ne devrait pas obligatoirement demander au tribunal l'autorisation de plaider par écrit afin d'éviter que le requérant ne soit pris par surprise lors de l'audition de la requête.

Qu'arrive-t-il lorsqu'une partie fait défaut de dénier sous serment un écrit? Les articles 89 C.p.c. et 1223 C.c. déclarent que cet écrit doit alors être tenu pour reconnu. L'auteur de cet aveu présumé peut-il

39. (1980) R.P. 391.

quand même prouver que l'écrit est un faux en tout ou en partie? Selon M. le juge Dugas, il le pourrait si son adversaire ne s'oppose pas à cette démonstration, car selon lui seul l'intérêt privé est concerné par la règle de l'article 89 C.p.c. et de l'article 1223 C.c.⁴⁰.

Une telle interprétation est à notre avis contraire à l'article 1245 C.c. selon lequel l'aveu fait pleinement foi contre celui qui l'a fait. Il est vrai que la théorie de l'aveu-sanction peut paraître trop rigoureuse lorsque celui à qui on oppose un écrit, tout en le déniant formellement, omet d'appuyer sa dénégation d'un affidavit. Dans un tel cas, on peut penser que, malgré l'absence d'affidavit, l'adversaire a tout lieu de croire que la contestation est sérieuse, d'où peut-être la tentation du tribunal de permettre à cette partie de faire la preuve du faux qu'elle allègue surtout si son adversaire ne s'y oppose pas. À notre avis, toutefois il existe une autre solution beaucoup plus en harmonie avec les textes: c'est de permettre à la partie fautive d'amender ses actes de procédure afin qu'elle puisse révoquer son aveu implicite et dénier régulièrement l'écrit contesté⁴¹. Le tribunal devrait même, le cas échéant, suggérer d'office cette solution vu que l'article 292 lui fait un devoir de signaler aux parties les lacunes dans la preuve ou dans la procédure⁴².

Cette façon de procéder a le grand mérite de voir à rétablir la situation telle qu'elle aurait dû être à l'origine et de faire reposer sur celui qui invoque l'écrit la charge d'avoir à en prouver l'authenticité. En effet, c'est l'une des conséquences d'une dénégation régulièrement faite, d'obliger celui qui invoque l'écrit d'avoir à en prouver l'authenticité.

b) Force probante des énonciations de l'écrit sous seing privé

Lorsqu'il s'agit de la force probante des énonciations d'un écrit, il y a lieu à nouveau de faire une distinction entre la force probante entre les parties et la force probante à l'égard des tiers.

i) Force probante entre les parties

En vertu de l'article 1222 C.c., les écritures privées reconnues par celui à qui on les oppose, ou légalement tenues pour reconnues ou

40. *Gallant c. Les habitations Vaucresson Inc.*, (1980) R.P. 391, 397.

41. Sur la recevabilité de la procédure d'amendement, voir *Leroux c. Daoust*, (1983) R.D.J. 507, 510.

42. Au sujet du pouvoir du tribunal en vertu de l'article 292 C.p.c., voir *Montana c. Les développements du Saguenay Ltd.*, (1977) 1 R.C.S. 32, 38; L. DUCHARME, "Du pouvoir du tribunal d'ordonner la correction d'une lacune dans la preuve", (1978) 38 R. du B. 81; *Daoust c. Leroux*, J.E. 80-610 (C.S.).

prouvées, font preuve entre ceux qui y sont parties et entre les héritiers et représentants légaux, de même que les actes authentiques. Cela veut dire que l'on doit considérer comme avérées les énonciations qu'elles comportent, tant en ce qui concerne la date qu'en ce qui concerne la convention qui y est relatée. L'écrit sous seing privé ne fait cependant pas preuve irréfragable de son contenu, la preuve contraire est possible. Cependant cette preuve devra tenir compte de l'article 1234 C.c. qui stipule que dans aucun cas, la preuve testimoniale ne peut être admise pour contredire ou changer les termes d'un écrit valablement fait. C'est ce que nous verrons dans un instant.

ii) Force probante à l'égard des tiers

Les énonciations d'un écrit, autres que celles relatives à la date font foi contre les tiers jusqu'à preuve contraire⁴³. Pour ce qui est de la date, le code fait une distinction entre les écrits de nature commerciale et les écrits de nature civile. Dans le premier cas, la date est présumée exacte sauf preuve contraire tandis que dans le second cas, la date doit être établie, soit à l'aide des présomptions prévues à l'article 1225, soit par "preuve légale".

Même si le mot tiers désigne habituellement toute personne autre que les parties et leurs héritiers, le tiers dont il s'agit dans l'article 1225 C.c. est une personne qui a un droit propre et distinct à faire valoir contre le détenteur de l'écrit. Il faut, en d'autres termes, qu'il soit titulaire d'un droit qui risque d'être perdu si la date de l'écrit s'avérerait exacte. Par exemple, le créancier saisissant est un tiers par rapport à l'acte d'aliénation des biens saisis signé par le débiteur et portant une date antérieure à la saisie⁴⁴. Il en est de même de l'acquéreur d'un immeuble, par rapport au bail consenti par le vendeur et portant une date antérieure à la vente⁴⁵. Un locataire a également la qualité de tiers, par rapport à l'acte d'aliénation de l'immeuble portant une date antérieure à son bail⁴⁶.

Compte tenu du caractère exceptionnel des circonstances, qui en vertu de l'article 1225 C.c., permettent de donner date certaine à un acte sous seing privé, nous doutons qu'elles puissent très souvent, en

43. *Corporation de la paroisse de St-Joseph de Coleraine c. Colonial Chrome Co. Ltd.*, (1933) R.C.S. 13, confirmant (1932) 52 B.R. 458; *Leblanc c. Argo Construction Ltd.*, (1976) C.A. 239.

44. *Lippé c. Cardinal*, (1939) 45 R.L.n.s. 274; *Paulet c. Raymond*, (1944) C.S. 494; *Mercier c. Reid*, (1934) 37 R.P. 319.

45. *Stroude c. Denis*, (1926) 32 R.L.n.s. 99.

46. *Harvey c. Gariépy*, (1950) R.L. 265.

pratique, rendre la date d'un écrit opposable à un tiers. Comment expliquer alors que le contentieux concernant l'application de l'article 1225 C.c. soit si peu abondant. Cette situation nous paraît d'autant plus surprenante que, selon la conception classique, la preuve légale dont parle l'article 1225 C.c. est, à toutes fins pratiques, une preuve impossible à rapporter. Selon cette conception, l'expression "preuve légale" voudrait dire une preuve au moyen d'un écrit, d'un aveu ou d'une présomption. Quant à la preuve testimoniale, elle ne serait recevable que dans les matières dont la valeur n'excède pas \$1000 et serait prohibée dans les autres cas, sauf avec un commencement de preuve par écrit⁴⁷.

Prenons tout d'abord le cas de la preuve écrite. N'est-il pas un peu absurde de demander que la date d'un écrit soit prouvée par un autre écrit? Est-ce à dire que les parties à un acte sous seing privé, devraient rédiger deux actes, l'un constatant leur convention ainsi que la date et un deuxième pour attester de l'exactitude de la date apposée sur le premier document? Tel n'est évidemment pas ce qu'on veut dire par preuve écrite. Il s'agit plutôt d'un écrit ayant date certaine, tel un écrit sous seing privé enregistré qui relate la substance de l'écrit dont la date doit être établie. Or, il ne s'agit pas alors véritablement d'une preuve écrite, mais uniquement d'une preuve par présomption fondée sur un écrit ayant par ailleurs date certaine.

Par ailleurs, comme l'aveu émane nécessairement de la partie adverse, il ne peut y avoir de preuve de la date d'un écrit au moyen d'un aveu que si le tiers en reconnaît l'exactitude. Mais comment ce tiers, qui, par la force des choses, ignorera tout des circonstances dans lesquelles l'écrit a été rédigé, pourrait-il faire un tel aveu? On ne pourra davantage obtenir un commencement de preuve par écrit, vu que le commencement de preuve par écrit tout comme l'aveu doit émaner de la partie adverse.

La preuve par présomption offre-t-elle de meilleures possibilités? Pas si nous appliquons ici la théorie que la Cour d'appel a énoncée dans les arrêts *Matte c. Matte*⁴⁸, *Borduas c. Ouimet*⁴⁹ et *Malky c. Gauthier*⁵⁰. Selon cette théorie, en effet, comme nous le verrons dans un instant, lorsqu'il s'agit de prouver par présomption un fait au sujet

47. A. NADEAU et L. DUCHARME, "La preuve en matière civile et commerciale", dans *Traité de droit civil du Québec*, t. IX, Montréal, Wilson & Lafleur, 1965; MIGNAULT, *Droit civil canadien*, t. 6, p. 54.

48. (1962) B.R. 521.

49. (1973) C.A. 163.

50. (1978) C.A. 510.

duquel la preuve testimoniale est prohibée, les indices doivent reposer sur des faits établis par écrit ou par un aveu judiciaire. C'est dire qu'on retrouverait au niveau de la preuve par présomption les difficultés que nous avons déjà signalées au sujet de la preuve écrite et de l'aveu.

La critique que l'on peut faire à la conception traditionnelle, c'est d'avoir restreint les cas d'admissibilité de la preuve testimoniale, aux seules exceptions prévues par les paragraphes 2 et 7 de l'article 1233 et d'avoir négligé complètement l'exception du paragraphe cinquième, à savoir l'exception résultant de l'impossibilité physique ou morale de se ménager une preuve écrite. Comme un écrit de nature civile ne fait preuve de sa date qu'entre les parties et non vis-à-vis des tiers, il en résulte une impossibilité absolue pour les parties de se constituer, à l'égard des tiers, une preuve écrite de la date de leur contrat. Dans ces conditions, on devrait permettre aux parties de prouver par témoins que la date qu'elles ont apposée à leur contrat est véridique. Il convient de signaler que dans une affaire récente, une telle preuve a été permise, sans cependant que les problèmes que nous venons d'évoquer aient été discutés⁵¹. Dans cette affaire, le tribunal a jugé suffisant, comme preuve de la date d'un écrit, l'aveu du tiers selon lequel, si le signataire était entendu comme témoin, il déposerait que l'écrit a bien été signé à la date qu'il porte.

Tel que nous venons de le voir, lorsqu'un contrat notarié n'est pas attaqué en faux ou encore lorsque l'inscription en faux est rejetée, ce contrat fait foi de l'acte juridique qu'il renferme. Il en est de même de l'acte sous seing privé une fois que son authenticité a été reconnue ou prouvée. Dans l'un et l'autre cas, il y a une sorte de présomption que l'objet apparent du contrat tel qu'il résulte des déclarations des parties dans l'acte notarié ou des énonciations de l'écrit sous seing privé en est l'objet réel. Il ne s'agit toutefois pas d'une présomption irréfragable et la preuve contraire demeure possible. Cette preuve contraire devra toutefois respecter les conditions de l'article 1234 C.c. C'est le problème que nous allons maintenant étudier.

C — De la preuve à l'encontre d'un écrit valablement fait

De façon lapidaire, l'article 1234 C.c. énonce ce qui suit:

"Dans aucun cas la preuve testimoniale n'est admise pour contredire ou changer les termes d'un écrit valablement fait".

51. *Great American Ins. Co. c. Girard*, (1980) C.P. 17.

Si cet article réfère à un écrit valablement fait, c'est qu'il présuppose régler le problème de l'authenticité de l'écrit. C'est pourquoi, tel que nous l'avons vu précédemment, lorsqu'il s'agit d'une inscription en faux contre un acte authentique, cette disposition ne s'applique pas et le recours à la preuve testimoniale est librement admissible. Il en est de même lorsqu'il s'agit de prouver un faux dans un acte sous seing privé.

De plus, l'article 1234 protège exclusivement l'objet du contrat tel qu'exprimé dans l'écrit; il ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de débattre de la validité des consentements. Celui qui prétend qu'il a signé un écrit par erreur ou à la suite de fausses représentations⁵² ou encore à la suite de manœuvres dolosives peut recourir à la preuve testimoniale pour établir ces faits. S'il s'agit d'une erreur purement subjective, la jurisprudence exige toutefois que le témoignage du réclamant soit corroboré par une autre preuve⁵³.

De plus, dans le cas des lettres de change, chèques et billets, la preuve du défaut de considération échappe à l'application de l'article 1234 et peut se faire par témoins⁵⁴.

Dès qu'il s'agit cependant de l'objet du contrat, l'article 1234 protège tant son contenu exprès que son contenu implicite. Lorsqu'un écrit énonce clairement une obligation ou un droit, aucune partie ne peut prétendre à une obligation ou à un droit différent de celui exprimé sans respecter l'article 1234. Ainsi si un acte de vente mentionne que 1 500\$ ont été payés comptant avant ce jour, l'article 1234 empêche le vendeur de prouver par témoins qu'il n'a pas reçu cette somme⁵⁵. Inversement, si un acte de vente mentionne que le solde impayé est de 60 000\$, l'acheteur ne peut recourir à la preuve testimoniale pour établir qu'il n'est que de 45 000\$⁵⁶.

En vertu de l'article 1024, les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui est exprimé, mais à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature et suivant l'équité, l'usage ou la loi. Si les parties à un contrat ont pris la peine de le mettre par écrit, cet écrit est censé relater de façon complète leurs conventions de sorte qu'on ne peut rien y ajouter ou y retrancher si ce n'est pas une preuve

52. *Lévy c. Canadian Bank of Commerce*, J.E. 79-62 (C.A.), infirmant en partie (1976) C.S. 1546.

53. *Société Nationale de Fiducie c. Robitaille*, J.E. 83-172 (C.A.).

54. *La Corporation de placements Renaud c. Charron*, J.E. 82-332 (C.A.).

55. *Mantha c. Whissell*, (1960) B.R. 685.

56. *Gendron c. De la Rue*, J.E. 82-586 (C.S.).

faite en conformité de l'article 1234. C'est ainsi qu'on a jugé que la preuve testimoniale n'est pas admise pour prouver les faits suivants si l'écrit est silencieux à ce sujet:

— Que la location d'un logement comportait l'utilisation d'une place de garage⁵⁷;

— Qu'un mandat exclusif de vendre des actions d'une compagnie ne s'étendait pas à une vente faite à une certaine entreprise avec laquelle le mandant avait déjà amorcé des pourparlers⁵⁸;

— Qu'un contrat pour l'installation d'un système d'alarme comportait l'engagement de l'entrepreneur de dépêcher sur les lieux un représentant en cas d'alerte⁵⁹;

— Qu'un contrat de publicité pour un prix forfaitaire ne comprenait pas le coût d'un montage publicitaire⁶⁰;

— Et que le prix de vente d'un immeuble incluait les rideaux et les draperies⁶¹.

Il convient de souligner que l'article 1234 C.c. vise exclusivement à empêcher qu'une partie à un contrat écrit puisse par preuve testimoniale démontrer qu'au moment où il a été signé, l'objet réel de l'entente était différent de son objet apparent, tel que révélé par l'écrit. C'est pourquoi cet article ne s'applique pas dans les cas suivants: lorsqu'il s'agit d'interpréter les termes d'un écrit; lorsqu'il s'agit de démontrer qu'un contrat écrit a été modifié ou éteint par une entente orale postérieure; lorsqu'il s'agit de prouver un contrat concomitant et enfin lorsque c'est un tiers qui veut contredire les termes de l'écrit.

Pour l'interprétation des termes ambigus d'un écrit, il est admis que le recours à la preuve testimoniale est autorisé⁶².

Lorsqu'on veut prouver qu'un contrat écrit a été modifié ou éteint par un acte juridique postérieur, ce n'est pas l'article 1234, mais

57. *Sochaczvski c. Reimblatt*, (1976) C.S. 575.

58. *Trust Royal c. Pouliot*, (1977) C.S. 806.

59. *Prudential Alarm System Ltd. c. Yaffe*, J.E. 78-491 (C.A.).

60. *Entreprises Télé-capitale Ltée, division CFCM-TV/CKMI-TV c. Meublier du Québec Inc.*, (1982) C.P. 326.

61. *Conquet c. Hawley*, (1980) C.P. 140; arrêt commenté par J. STE-MARIE, "Que valent les stipulations contenues dans une offre d'achat sous seing privé après la signature de l'acte de vente notarié", (1981-82) 84 R. du N. 204.

62. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 11, nos 409 et 410, pp. 178-179.

l'article 1233 qui s'applique⁶³. C'est dire qu'en matière commerciale, la preuve testimoniale sera en principe recevable et qu'il en sera de même en matière civile si un commencement de preuve par écrit lui donne ouverture. Toutefois dans le cas couvert par l'article 1690 C.c., c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de la modification du prix d'un contrat par devis et marché⁶⁴, le recours à la preuve testimoniale demeure prohibé, la preuve dans ce cas devant être faite au moyen d'un écrit ou par l'aveu judiciaire du propriétaire⁶⁵.

En droit anglais, on admet que les parties à un contrat écrit peuvent prouver par témoins les conventions orales concomitantes⁶⁶. En droit québécois, on ne devrait permettre le recours à la preuve testimoniale que dans les cas où en vertu de l'article 1233, cette preuve est recevable⁶⁷.

Enfin, l'article 1234 vise exclusivement les parties à un contrat écrit. Quant aux tiers, ils peuvent librement contredire par témoins les écrits qu'on leur oppose. Ils peuvent notamment recourir aux témoignages pour prouver qu'un contrat est simulé⁶⁸.

Dans les cas couverts par l'article 1234, la loi impose un régime de preuve très strict qui repose sur la prohibition de la preuve testimoniale. Cette prohibition a un caractère absolu en ce sens qu'elle s'applique même dans les matières dont la valeur est inférieure à 1 000\$, qu'elle vise tant les contrats civils que commerciaux et qu'elle subsiste même lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit⁶⁹. La preuve testimoniale, malgré l'article 1234, est toutefois admissible dans le cas de fraude à la loi. L'article 263 de la *Loi sur la protection du consommateur*⁷⁰ et l'article 1040c C.c. constituent des

63. *Gravel c. Construction Duchesne et Duchesne Inc.*, J.E. 84-17 (C.P.); *Moules et Matrices de Précision Inc. c. Pinso Sport Inc.*, J.E. 84-313 (C.S.).

64. L'article 1690 C.c. ne s'applique pas en matières mobilières: *Moules et Matrices de Précision Inc. c. Pinso Sport Inc.*, J.E. 84-313 (C.S.).

65. La même règle s'applique si le contrat le prévoit en termes exprès: *E.B. Eddy Forest Products Ltd. c. Beamer L. Lathrop (Quebec) Ltd.*, J.E. 84-417 (C.A.).

66. PHIPSON, *On Evidence*, 12 éd., par BUZZARD, MAY et HOWARD, London, Sweet and Maxwell, 1976, no 1902, p. 799.

67. *V. Agence de sécurité Phillips Inc. c. Diesels Montreal Inc.*, J.E. 82-1038 (C.P.): preuve testimoniale d'un contrat concomitant en matière commerciale jugée recevable.

68. *BPC c. Drouin*, (1975) C.S. 1179.

69. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 11, no 412, p. 180; *Dion c. Bergeron*, J.E. 82-14 (C.S.).

70. L.R.Q., c. C-10.

applications de cette règle. Il y a lieu de souligner que l'article 1664.1 déroge sans le dire à l'article 1234 en déclarant inopérante dans un bail, une stipulation par laquelle le locataire reconnaît que le logement est en bon état d'habitabilité.

L'article 1234 n'étant pas d'ordre public, le tribunal ne doit pas intervenir d'office pour empêcher une partie de prouver par témoins à l'encontre d'un écrit, si son adversaire ne s'y oppose pas⁷¹.

La prohibition de la preuve testimoniale entraîne comme conséquence qu'on ne peut pas avoir recours à un aveu extrajudiciaire oral prouvé par témoins pour contredire un écrit. Malgré un arrêt de la Cour d'appel en sens contraire⁷², la preuve testimoniale d'un tel aveu devrait être prohibée même avec un commencement de preuve par écrit vu qu'aux termes de l'article 1244 C.c. on doit suivre pour la preuve d'un aveu extrajudiciaire, les règles applicables à la preuve du fait qui en est l'objet.

La prohibition de la preuve testimoniale a ses effets également en ce qui concerne la preuve par présomption. Partant du principe qu'on ne peut faire indirectement ce qu'on ne peut faire directement, la Cour d'appel a affirmé qu'on ne pouvait pas recourir à la preuve testimoniale pour prouver les indices d'une présomption servant à contredire les termes d'un écrit valablement fait, mais que ces indices devaient être établis par des écrits ou par aveu judiciaire⁷³.

Les seuls moyens de preuve autorisés pour contredire un écrit sont une preuve écrite, un aveu judiciaire, un aveu extrajudiciaire écrit ou un aveu extrajudiciaire oral prouvé par un aveu judiciaire et les présomptions de fait dont les indices ont été établis au moyen d'un écrit ou d'un aveu judiciaire. En ce qui concerne la preuve écrite, il est bien établi en jurisprudence qu'on ne peut recourir à des écrits préliminaires à un contrat pour contredire l'écrit définitif qui a été rédigé pour le constater. Ainsi, si dans une promesse de vente acceptée, le vendeur s'engage à transférer, pour le prix convenu, certains accessoires tels les rideaux et les tentures, mais que cette stipulation ne soit pas reprise dans l'acte notarié constatant la vente, l'acheteur ne pourra pas se servir de la promesse de vente pour contredire l'acte de vente notarié⁷⁴.

71. *Schwersensky c. Vineberg*, (1890-91) 19 S.C.R. 243.

72. *McCallum c. Babineau*, (1956) B.R. 774.

73. *Malkie c. Gauthier*, (1978) C.A. 510; *Borduas c. Ouimet*, (1973) C.A. 163; *Matte c. Matte*, (1962) B.R. 521.

74. *Conquet c. Hawley*, (1980) C.P. 140, commenté par J. STE-MARIE, "Que valent les stipulations contenues dans une offre d'achat sous seing privé après

Toutefois, si un contrat est conclu au moyen de plusieurs écrits, le tribunal pour dégager la volonté des parties devra tenir compte de chacun de ces écrits. Dans une affaire récente, des personnes poursuivies par une banque en leur qualité de caution ont invoqué que celle-ci avait fait défaut de respecter une condition énoncée dans une lettre qu'elle leur avait adressée à l'époque de la signature de l'acte de cautionnement. On a jugé que cette lettre était concomitante du cautionnement et en faisait partie et que ses dispositions devaient prévaloir sur celles de la formule imprimée du contrat⁷⁵.

La rigueur de l'article 1234 manifeste bien la faveur que la loi accorde à l'écrit comme mode de preuve d'un acte juridique. Cette faveur se manifeste également par les restrictions imposées à la recevabilité de la preuve testimoniale pour établir l'existence d'un contrat oral.

II — LES RÈGLES DE PREUVE RELATIVES AU CONTRAT ORAL

Le régime de preuve des contrats oraux repose sur la distinction entre les contrats commerciaux et les contrats civils. Il s'agit incontestablement d'un des principaux cas d'application de la théorie de l'acte de commerce. On peut poser comme règle que tout contrat passé par une entreprise commerciale est commercial⁷⁶. Il y a entreprise dès qu'il y a groupement de personnes ou affectation de biens à la poursuite d'une activité quelconque. De plus, toutes les activités poursuivies dans un but lucratif, à l'exception de celles dont la tradition impose le caractère civil, sont commerciales. Or les activités auxquelles la tradition confère le caractère civil sont relativement restreintes: il s'agit des activités des professions libérales, l'exploitation agricole, l'activité des artisans dans la mesure où ceux-ci ne spéculent ni sur la main-d'œuvre ou sur les matériaux.

Donc, de façon générale on peut dire que tout acte posé par une entreprise est commercial sauf s'il s'agit d'une entreprise à but non lucratif, telle une coopérative ou une entreprise gérée directement par l'État ou un corps public, ou s'il s'agit d'une entreprise civile ce qui

la signature de l'acte de vente notarié", (1980-82) 84 R. du N. 204. Dans le même sens: *Banque d'épargne de La Cité et du District de Montréal c. Deschamps*, J.E. 83-944 (C.S.).

75. *Banque Toronto-Dominion c. Nadler*, J.E. 84-641 (C.A.).

76. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 11, nos 361 et s., pp. 154 et s.

comprend de façon limitative les entreprises suivantes: les professions libérales⁷⁷, les exploitations agricoles et les entreprises artisanales dans la mesure où l'exploitant ne spécule ni sur la main-d'œuvre ou sur les matériaux. Quant à l'entreprise immobilière, elle a conservé pendant longtemps un caractère civil, mais la jurisprudence a fini par lui reconnaître le caractère commercial⁷⁸.

En deuxième lieu, la jurisprudence considère que la lettre de change, le chèque et le billet revêtent un caractère commercial entre toutes personnes⁷⁹. En troisième lieu, on doit considérer comme commercial, l'acte accessoire à un acte commercial, tel le mandat de vendre un fonds de commerce⁸⁰.

Enfin, en vertu de la théorie de l'apparence, il faut considérer comme commercial l'acte posé par un non-commerçant lorsque cet acte, à cause de son importance ou de certaines circonstances, a l'apparence d'un acte émanant d'une entreprise commerciale. Par exemple, un non-commerçant qui achèterait un lot de 500 bicyclettes ferait certainement un acte de commerce parce qu'il s'agit d'un achat qui par son importance serait normalement posé par un commerçant.

Un contrat n'a pas nécessairement le même caractère à l'égard de toutes ses parties. Par exemple, le prêt consenti par un banquier à un professeur pour l'achat d'une voiture est commercial pour le banquier et civil pour le professeur. Lorsqu'un acte est réputé commercial quant à certaines parties et civil quant à d'autres, il s'agit d'un contrat mixte. Pour les fins de preuve, on applique la règle de la personnalité des lois selon laquelle le commerçant est régi par les règles qui lui sont propres et le non-commerçant par les règles civiles. C'est dire que le commerçant devra utiliser les règles du droit civil pour prouver l'obligation du non-commerçant à son égard. Inversement, la partie civile devra recourir aux règles du droit commercial pour prouver une obligation à la charge de la partie commerçante.

Nous allons maintenant voir quelles sont les règles de preuve applicables en matière civile et les règles de preuve applicables en matière commerciale.

77. Un contrat pour vente de marchandises et services professionnels entre denturologistes est à notre avis un contrat civil. Dans *Caron c. Cauchon*, (1982) R.L. 249, le tribunal a toutefois refusé de se prononcer sur cette question.

78. *Colonia Development Corp. c. Belliveau*, (1965) B.R. 161; *Lefebvre c. Therrien*, (1978) R.P. 47 (C.A.).

79. *Bergeron c. Lindsay*, (1940) S.C.R. 534.

80. *Tremblay c. Lefebvre*, (1968) C.S. 398.

A — Le régime de preuve en matière civile

En matière civile, le principe est que la preuve testimoniale est prohibée. Ce principe comporte un certain nombre d'exceptions.

1- Le principe: la preuve testimoniale est irrecevable pour prouver un contrat civil

Le principe de la prohibition de la preuve testimoniale résulte de l'avant-dernier alinéa de l'article 1233 qui s'énonce ainsi:

"Dans tous les autres cas la preuve doit se faire au moyen d'écrits ou par le serment de la partie adverse."

Cette prohibition apparaît comme la sanction d'une obligation faite aux parties de donner la forme écrite à l'expression de leur consentement. C'est ce qui explique que cette prohibition ne s'applique pas aux tiers. Le tiers pour être admis à prouver par témoins un contrat peut invoquer l'impossibilité physique dans lequel il était de se ménager une preuve écrite d'une entente à laquelle il est demeuré étranger⁸¹. C'est pourquoi celui qui contracte avec un mandataire devrait être admis à prouver par témoins contre le mandat, l'existence du mandat puisqu'il n'était pas en son pouvoir de voir à ce que ce contrat soit rédigé par écrit. C'est pourquoi nous trouvons critiquables les arrêts qui ont déclaré irrecevable la preuve testimoniale du mandat dans de telles circonstances⁸².

La prohibition de la preuve testimoniale entraîne comme conséquence qu'on ne peut recourir à un aveu extrajudiciaire oral prouvé par témoins pour établir l'existence d'un contrat. De même, en vertu de la même logique qui empêche de pouvoir contredire un écrit en se fondant sur une présomption dont les indices ont été établis par témoins, on ne peut prouver l'existence d'un contrat oral par une présomption reposant sur des faits prouvés par témoins. C'est donc dire qu'un contrat oral en matière civile, sous réserve des exceptions que nous verrons plus loin, ne peut être prouvé que par les moyens suivants: un aveu judiciaire, un aveu extrajudiciaire prouvé par écrit ou par aveu judiciaire et par une présomption fondée sur des indices prouvés par écrit ou par aveu judiciaire.

La prohibition de la preuve testimoniale n'est toutefois pas une règle d'ordre public dont le tribunal d'office doit assurer la sanction.

81. V. l'affaire *Brown c. Le collège Manitou*, (1983) C.S. 825 où un créancier saisissant a omis d'invoquer sa qualité de tiers afin de pouvoir prouver par témoins un contrat translatif de propriété entre la Couronne et le débiteur saisi.

82. *Dame Simard c. Le Procureur général de la Province de Québec*, (1970) C.A. 1026; *Tremblay c. Simard*, (1948) B.R. 505.

C'est dire qu'une preuve testimoniale, normalement irrecevable, devient recevable si la partie adverse consent à sa réception en ne s'y opposant pas en temps utile ou en introduisant elle-même cette preuve au dossier⁸³.

2- Les exceptions à la prohibition de la preuve testimoniale

Les exceptions sont énoncées à l'article 1233 C.c. Elles peuvent être regroupées sous les quatre chefs suivants:

- a- lorsqu'il s'agit d'un acte juridique dont la valeur n'excède pas 1 000\$;
- b- lorsque la partie réclamante a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite;
- c- lorsque la preuve écrite a été perdue par cas imprévu;
- d- lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.

Comme nous avons déjà étudié, au début notre exposé, la troisième exception, nous allons limiter nos commentaires aux autres exceptions.

a) Lorsqu'il s'agit d'un acte juridique dont la valeur n'excède pas 1 000\$

Antérieurement au 1^{er} septembre 1972, c'est seulement lorsque la valeur n'excédait pas 50\$ que la preuve testimoniale était permise. Ce montant a été augmenté progressivement depuis et il a été porté récemment à 1 000\$⁸⁴. C'est au moment où le contrat a été conclu qu'il faut se placer pour déterminer la valeur d'un acte juridique comme le précisent les articles 1236 et 1237 C.c. Ainsi si une partie fait plusieurs demandes qui, réunies, forment une somme qui excède 1 000\$, la preuve par témoins demeure admissible si les créances procèdent de différentes causes ou ont été contractées à des époques différentes et étaient originellement chacune d'une somme de 1 000\$ ou moins. Inversement celui qui réclame une somme n'excédant pas 1 000\$ ne peut recourir à la preuve testimoniale si cette somme est le solde ou fait partie d'une créance en vertu d'un contrat qui ne peut être prouvé par témoins.

Une difficulté existe toutefois lorsqu'une personne plaide avoir acquitté une dette de plus de 1 000\$ au moyen de plusieurs versements qui étaient chacun de moins de 1 000\$. Une certaine jurispru-

83. *Quinta-Iarrera c. Iarrera*, J.E. 84-349 (C.S.).

84. L.Q. 1984, c. 26, art. 30. Cet article est entré en vigueur le 1^{er} nov. 1984 par une proclamation en date du 25 sept. 1984, (1984) 116 G.O. 2, 4927.

dence déclare irrecevable la preuve testimoniale de chacun de ces paiements⁸⁵. On estime, en effet, qu'il serait illogique que le débiteur qui s'est acquitté de sa dette par plusieurs versements inférieurs à 1 000\$ puisse prouver sa libération par témoins alors que celui qui l'a fait par un paiement unique de plus de 1 000\$ ne le pourrait pas. Cet argument ne nous paraît pas décisif.

Lorsqu'il y a paiement par versements, ou bien c'est le contrat qui le stipule, ou bien c'est le créancier qui le permet. Dans le premier cas, il nous paraît incontestable que chaque versement constitue un acte juridique distinct qui pour les fins de l'article 1233, alinéa 2 doit être évalué en lui-même et indépendamment de la valeur totale du contrat.

Dans le deuxième cas, comme le paiement a nécessairement eu lieu avec l'accord du créancier vu qu'un débiteur ne peut point forcer son créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible (art. 1149 C.c.), on est à nouveau en présence d'un acte juridique d'une valeur inférieure à 1 000\$ et en conséquence la preuve testimoniale devrait également être recevable⁸⁶.

b) Lorsque la partie réclamante a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite

Il y a deux sortes d'impossibilité: l'impossibilité physique et l'impossibilité morale. Il y a impossibilité physique lorsque la partie s'est heurtée à une impossibilité matérielle absolue participant de la force majeure. Le plus bel exemple qu'on puisse donner, c'est celui du tiers par rapport au contrat oral conclu par son débiteur. L'article 1233, par ailleurs, énumère trois cas d'impossibilité physique: il s'agit du dépôt nécessaire, de l'obligation résultant d'un quasi-contrat et du bail par tolérance.

Par impossibilité morale, on entend une impossibilité pratique de se procurer une preuve écrite. L'article 1233 alinéa 4 nous fournit un exemple d'impossibilité morale: le dépôt fait par des voyageurs dans une hôtellerie. On peut également justifier par la notion d'impossibilité morale la faculté accordée par la loi aux avocats⁸⁷, aux médecins⁸⁸ et aux architectes⁸⁹ de prouver par témoins la réquisition

85. *Roy c. Mack*, J.E. 81-953 (C.P.); *Fournier c. Zagorian*, (1969) R.P. 346; *Cyr c. Lelièvre*, (1938) 76 C.S. 326; *Deslières c. Deslières*, (1909) 35 C.S. 528.

86. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 11, no 313, p. 136.

87. *Loi du Barreau*, L.R.Q., c. B-1, art. 127.

88. Art. 2260, al. 7 C.c.

89. *Loi sur les Architectes*, L.R.Q., c. A-21, art. 21.

et la nature de leurs services professionnels. L'article 1669 C.c. qui autorise le maître à prouver par son témoignage le paiement du salaire des domestiques ou serviteurs de ferme trouve sa justification dans la notion d'impossibilité morale.

On doit reconnaître que la notion d'impossibilité apparaît plus comme une idée servant à regrouper un certain nombre d'exceptions spécialement reconnues par la loi plutôt que comme un principe permettant de générer des applications nouvelles. C'est la notion du commencement de preuve par écrit qui a surtout permis à la jurisprudence d'élargir le domaine d'application de la preuve testimoniale.

c) Lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit

Ce qui démontre bien la fécondité de la notion de commencement de preuve par écrit, c'est qu'il est possible de distinguer trois sortes de commencement de preuve par écrit: celui qui résulte d'un écrit, celui qui résulte du témoignage de la partie adverse et celui qui résulte d'un aveu qualifié. De plus, certains arrêts affirment l'existence d'une quatrième variété: le commencement de preuve par écrit résultant d'un fait matériel prouvé indépendamment du témoignage ou de l'aveu de la partie adverse.

i) le commencement de preuve par écrit résultant d'un écrit

Le seul commencement de preuve par écrit qui soit correctement nommé, c'est évidemment celui qui résulte d'un écrit émanant de la partie adverse ou de son représentant et rendant vraisemblable l'acte juridique à prouver. Ses règles sont bien connues et il n'y a pas lieu de s'y attarder.

ii) le commencement de preuve par écrit résultant du témoignage de la partie adverse

Cette deuxième variété de commencement de preuve par écrit résulte de l'article 319 C.p.c. selon lequel le témoignage rendu par une partie, de son propre chef ou à la demande d'une autre partie, peut servir de commencement de preuve par écrit contre elle. Un tel témoignage pour valoir commencement de preuve par écrit, doit rendre vraisemblable l'acte juridique allégué. Cette vraisemblance peut apparaître de deux façons: premièrement lorsque les faits reconnus par la partie adverse rendent vraisemblable l'acte allégué et deuxièmement lorsque par son comportement la partie adverse manifeste sa volonté de cacher la vérité.

L'affaire *Dame Roy c. Audette*⁹⁰ constitue une excellente illustration d'un commencement de preuve par écrit résultant de la reconnaissance de certains faits. Il s'agissait dans cette affaire d'une poursuite par un agent d'immeubles en réclamation de sa commission. On a jugé qu'un commencement de preuve par écrit du mandant résultait du témoignage de la défenderesse contenant la reconnaissance des faits suivants: qu'elle a eu une entrevue avec le demandeur; qu'elle a consenti à vendre; qu'elle lui a remis les plans de sa propriété; qu'elle a reçu les clients du demandeur intéressés à l'achat; que lors d'une communication téléphonique, elle a déclaré vouloir vendre, mais seulement à des personnes en état de payer; qu'elle savait lors de la conclusion du contrat de vente que l'acheteur lui avait été présenté par le demandeur; qu'elle savait qu'à l'occasion de toute transaction immobilière comportant une vente effectuée par courtier une commission doit être payée; et qu'elle considérait qu'elle n'était pas tenue de payer une commission vu qu'il n'y avait pas d'écrit pour constater le mandat.

Le plus souvent toutefois c'est le comportement de la partie adverse alors qu'elle est interrogée comme témoin qui va rendre vraisemblable l'acte juridique allégué.

Il est bien admis en jurisprudence que le fait pour une partie de chercher à cacher la vérité en faisant des déclarations contradictoires, évasives, remplies d'hésitations ou de réserves, d'invraisemblance ou d'oublis inexcusables, constitue une reconnaissance implicite de l'acte juridique allégué contre elle, laquelle équivaut à un commencement de preuve par écrit⁹¹.

iii) le commencement de preuve par écrit résultant d'un aveu qualifié

Même si en principe tout aveu qualifié est indivisible, il existe certaines circonstances qui permettent de le diviser. Or, dès qu'un aveu qualifié devient divisible, il équivaut à un commencement de preuve par écrit. De plus, certains aveux qualifiés en tant que tels, c'est-à-dire même en tant qu'indivisibles, valent selon la jurisprudence commencement de preuve par écrit.

90. (1959) B.R. 8.

91. *Johnson c. Buckland*, (1937) S.C.R. 86, 108-109; *Provincial Hardwoods Inc. c. Morin*, (1966) R.C.S. 58 infirmant (1964) B.R. 854; L. DUCHARME, *op. cit.*, note 11, no 345, p. 147.

Tout d'abord on peut se demander pourquoi nous référons exclusivement à l'aveu qualifié alors que l'on sait qu'il existe une deuxième sorte d'aveu: l'aveu complexe. L'aveu complexe se distingue de l'aveu qualifié en ce qu'il porte sur deux faits distincts: un fait principal et un fait secondaire, le fait secondaire ayant pour effet de neutraliser le fait principal. L'exemple classique à ce sujet c'est l'aveu du débiteur qui reconnaît avoir emprunté la somme qu'on lui réclame mais qui ajoute l'avoir payée. Parce que l'aveu complexe porte sur deux faits distincts, lorsqu'il devient divisible pour l'une ou l'autre des raisons mentionnées à l'article 1234 C.c., on obtient un aveu complet du fait à prouver et non uniquement la reconnaissance d'un fait rendant vraisemblable l'acte juridique allégué.

La situation est différente dans le cas de l'aveu qualifié. Un aveu est qualifié lorsque l'auteur de l'aveu ajoute une modalité ou une condition qui en altère la nature. Une analyse plus poussée permet de distinguer trois sortes d'aveux qualifiés. Premier cas: une partie admet avoir conclu le contrat qu'on allègue contre elle, mais prétend que ce contrat avait un contenu différent. Par exemple, le demandeur prétend avoir prêté 10 000\$ au défendeur, ce dernier reconnaît le prêt, mais pour une somme de 5 000\$. Deuxième cas: le demandeur allègue un contrat pur et simple et le défendeur plaide que le contrat était subordonné à une condition qui ne s'est pas réalisée. Par exemple, le demandeur prétend que le défendeur lui a vendu un certain immeuble et le défendeur plaide que la vente était subordonnée au consentement d'un tiers qui a refusé de le donner. Troisième cas: le demandeur invoque un contrat particulier, tel un contrat de prêt et le défendeur admet un contrat différent, telle la réception de l'argent à titre de donation.

Sauf dans le cas de l'aveu assorti d'une condition, les deux autres sortes d'aveux, si on les divise, ne permettent pas d'obtenir un aveu complet du fait à prouver. Prenons l'exemple du demandeur qui prétend avoir prêté au défendeur la somme de 10 000\$ alors que ce dernier, tout en reconnaissant avoir reçu l'argent, soutient que c'était une donation. Si on réussit à diviser cet aveu et à y retrancher la partie où il invoque donation, on n'obtient pas un aveu complet du prêt, mais uniquement l'aveu qu'il a reçu l'argent. À la rigueur, on pourrait même prétendre que cet aveu même divisé ne rend pas vraisemblable le prêt allégué.

La jurisprudence considère toutefois que dès qu'il existe un motif de diviser un aveu, soit parce que le fait contesté est étranger à la contestation liée ou parce qu'il est combattu par des indices de mauvaise foi ou une preuve contraire, l'aveu équivaut à un commen-

cement de preuve par écrit. Ainsi, dans l'affaire *Revesz c. Hanka*⁹², la défenderesse, poursuivie en remboursement d'un prêt de 4 000\$, a reconnu dans son témoignage avoir reçu la somme réclamée mais à titre de cadeau de fiançailles. La Cour a estimé que cet aveu était divisible vu qu'elle s'était contentée de nier l'existence du prêt dans sa défense, l'allégation de la donation devenant alors un fait étranger à la contestation. La Cour a dégagé de cet aveu rendu divisible un commencement de preuve par écrit permettant la preuve testimoniale du prêt.

Il existe une variété d'aveux qualifiés qui en tant que tels et sans qu'il soit nécessaire de les diviser, ont valeur de commencement de preuve par écrit. Il s'agit de l'aveu par lequel une partie tout en reconnaissant avoir conclu le contrat allégué contre elle, prétend que ce contrat avait un contenu différent. Cette jurisprudence s'appuie sur l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Campbell c. Young*⁹³. L'appelant avait administré en qualité de mandataire les biens d'une succession et prétendait que les intimés s'étaient engagés à lui payer la somme de 750\$ par année, ainsi qu'une commission sur les revenus perçus. Ces derniers, tout en reconnaissant qu'il y avait accord au sujet du paiement d'une rémunération, plaidaient que l'entente était différente de celle invoquée. Il s'agissait donc de savoir si l'appelant pouvait recourir à la preuve testimoniale pour prouver les termes de l'accord en question. Les tribunaux inférieurs avaient déclaré cette preuve irrecevable en invoquant l'absence de commencement de preuve par écrit et le principe de l'indivisibilité de l'aveu. Infirmant ces arrêts, la Cour suprême a jugé que lorsqu'un contrat est admis et que la contestation porte uniquement sur son contenu, la preuve testimoniale est recevable sans que le réclamant ait à justifier d'un commencement de preuve par écrit. C'est par application de cette règle que, dans d'autres arrêts, on a jugé que lorsque les parties s'entendent quant à la nature du contrat intervenu entre elles et que le désaccord porte uniquement soit sur la rémunération convenue⁹⁴ ou sur la durée de l'entente⁹⁵, la preuve testimoniale est recevable, la condition du commencement de preuve par écrit se trouvant dès lors satisfaite.

92. (1970) C.A. 1012.

93. (1902) 32 S.C.R. 547.

94. *Michaud c. Mailhot*, (1925) 38 B.R. 319; *Sirois c. Horton*, (1959) C.S. 196; *Bélanger c. Lussier*, (1976) C.P. 396; *Trudeau c. Hébert*, (1931) 69 C.S. 282.

95. *Aubin c. La librairie commerciale Ltée*, (1960) B.R. 290; *Lefebvre c. Therrien*, (1978) R.P. 47, 54 (C.A.).

La jurisprudence ne paraît pas jusqu'à présent avoir étendu la portée de l'arrêt *Campbell c. Young* à l'aveu par lequel une partie tout en reconnaissant le contrat allégué contre elle prétend qu'il était subordonné à une condition qui n'a pas été réalisée. Selon la jurisprudence, un tel aveu demeure indivisible et n'équivaut pas à un commencement de preuve par écrit⁹⁶ permettant au réclamant de prouver par témoins un contrat pur et simple.

Cette jurisprudence nous paraît critiquable. La condition n'est qu'une modalité d'un contrat. Lorsque le désaccord entre les parties porte uniquement sur l'existence de cette modalité, la situation n'est pas différente de celle où il y a mésentente seulement quant à la rémunération convenue ou à la durée du contrat et l'exigence du commencement de preuve par écrit devrait être réputée satisfaite. C'est dire que c'est seulement lorsque le désaccord porte sur la nature même du contrat que le principe de l'indivisibilité de l'aveu s'appliquerait dans toute sa rigueur, nécessitant que l'aveu soit d'abord divisé pour valoir commencement de preuve par écrit.

Il faut souligner toutefois que la Cour d'appel, dans l'affaire *Poisson c. Ladouceur*⁹⁷, et la Cour suprême dans l'affaire *Siscoe Gold Mines Ltd c. Bivakowski*⁹⁸ paraissent avoir étendu la portée de l'arrêt *Campbell c. Young* à des cas où le défendeur tout en niant le contrat allégué contre lui invoquait un contrat différent. Nous pensons qu'il s'agit d'arrêts d'espèce, car nous ne voyons pas comment sur le plan des principes on puisse justifier une telle extension. Ainsi, lorsque dans une action en remboursement d'un prêt, le défendeur, tout en reconnaissant avoir reçu la somme d'argent en question, ajoute qu'il s'agissait d'une donation, nous ne voyons pas comment un tel aveu pris globalement puisse rendre vraisemblable l'existence du prêt allégué. C'est seulement si l'invraisemblance de la donation est démontrée, c'est-à-dire si l'aveu est rendu divisible par application de l'article 1243 que le prêt serait alors rendu vraisemblable et vaudrait commencement de preuve par écrit donnant ouverture à la preuve testimoniale.

96. *Cox c. Pacaud*, (1903) 23 C.S. 9 (C. de Rev.); *Metropolitan Exchange c. Richer*, (1931) 69 C.S. 465; *Perrault c. Bernard*, (1908) 14 R.L.n.s. 206; *Commercial Plate Glass Inc. c. Robillard*, (1915) 21 R.L.n.s. 49 (C. de Rev.); *Bédard c. Simpson*, (1922) 24 R.P. 217; *Coulombe c. Boulanger*, (1889) 15 Q.L.R. 268; *Boudreau c. Juneau*, (1975) C.S. 903.

97. (1954) B.R. 759.

98. (1935) S.C.R. 193.

Il y a lieu maintenant de nous demander si le commencement de preuve par écrit peut résulter d'un fait matériel.

iv) le commencement de preuve par écrit peut-il résulter de faits matériels prouvés indépendamment du témoignage de la partie adverse?

La Cour d'appel dans l'affaire *Sirois c. Parent*⁹⁹, paraît avoir étendu la notion de commencement de preuve par écrit à des faits matériels prouvés indépendamment du témoignage de la partie adverse et rendant vraisemblable l'acte juridique à prouver. Une interprétation aussi libérale peut-elle se justifier en l'état actuel des textes. Le moins qu'on puisse dire c'est que cette théorie paraît contraire à la position adoptée par la Cour d'appel à propos de la présomption de fait. Si, en effet, lorsqu'il s'agit de prouver un fait au sujet duquel la preuve testimoniale est prohibée, on ne peut recourir à une présomption dont les indices sont prouvés par témoins, à plus forte raison le recours à la preuve testimoniale doit-il être prohibé pour établir un commencement de preuve par écrit donnant ouverture à la preuve testimoniale. Tel que l'affirme la Cour d'appel dans l'affaire *Bureau c. Raymond*¹⁰⁰, il y a une contradiction dans les termes lorsqu'on veut prouver par témoins un commencement de preuve par écrit.

Avant de passer à l'étude des règles applicables en matière commerciale, il convient de souligner que, lorsque, par application des exceptions mentionnées à l'article 1233, la preuve testimoniale d'un contrat civil devient recevable, il en découle que non seulement la preuve directe du contrat peut se faire par témoins, mais également que le contrat peut être établi au moyen d'un aveu extrajudiciaire prouvé par témoins ou au moyen de présomptions de fait dont les indices sont établis par témoins. Le recours évidemment à un aveu judiciaire demeure également possible.

B — Le régime de preuve en matière commerciale

En matière commerciale, les règles de preuve du contrat sont dominées par le principe de la libre recevabilité de la preuve testimoniale, principe qui est toutefois assorti de quatre exceptions énoncées à l'article 1235 C.c. Il s'agit donc d'une situation tout à fait inverse à celle qui prévaut dans les matières civiles.

99. (1954) B.R. 91. V. également *Bernard c. Bérubé*, (1981) R.P. 75.

100. (1962) B.R. 759.

1- Le principe de la libre recevabilité de la preuve testimoniale en matière commerciale

Le principe de la libre recevabilité de la preuve testimoniale en matière commerciale est énoncé au paragraphe 1 de l'article 1233. Ce principe tire son origine de l'Ordonnance de Carleton de 1777 qui substitua chez nous le droit anglais au droit français pour ce qui est de la preuve dans les matières commerciales. Ce principe s'applique tant lorsqu'il s'agit de prouver la conclusion d'un contrat que lorsqu'il s'agit d'en établir la modification ou l'extinction.

De ce principe il découle également que la preuve d'un aveu extrajudiciaire oral en matière commerciale peut se faire par témoins par application de l'article 1244 C.c. De même, le recours aux témoignages est autorisé pour établir les indices d'une présomption de fait.

2- Les exceptions de l'article 1235 C.c.

Le principe de la libre recevabilité de la preuve testimoniale comporte quatre exceptions qui sont énumérées à l'article 1235 C.c. Ces exceptions tirent également leur origine du droit anglais¹⁰¹.

a) Analyse des exceptions

La première exception se rapporte à une promesse ou reconnaissance destinée à soustraire une dette à la prescription des actions. Selon la jurisprudence, cette exception s'applique exclusivement aux renoncements expresses à la prescription acquise ou à la prescription en cours et ne s'étend pas à la renonciation tacite résultant d'un paiement interruptif de prescription. Dans ce dernier cas, la preuve du paiement peut se faire par témoins¹⁰².

La deuxième exception concerne les promesses ou ratifications par un majeur d'obligations contractées par lui pendant sa minorité. Cette exception a une portée assez limitée vu qu'elle vise exclusivement la confirmation d'obligations commerciales contractées par un mineur non commerçant. En effet, il ne peut s'agir de la confirmation d'un acte posé par un mineur commerçant vu que le Code le répute majeur pour les fins de son commerce (art. 323 C.c.). L'exception est toutefois susceptible de s'appliquer lorsqu'il s'agit de la ratification d'achats faits dans le commerce par un mineur non commerçant vu

101. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 11, no 770, p. 159.

102. *Bouthillier c. Sabourin*, (1927) 42 B.R. 18 infirmant 30 R.L. 433; Salomon W. WEBER, "Interruption of Prescription and Proof of Partial Payments", (1965) 25 *R. du B.* 369.

que la vente entre un commerçant et un non-commerçant est réputée commerciale pour les deux parties (art. 2260, par. 5).

La troisième exception se rapporte aux représentations, garanties ou assurances en faveur d'une personne dans le but de lui faire obtenir du crédit, de l'argent ou des effets. Deux situations sont visées ici. Le délit ou le quasi-délit résultant de représentations erronées en vue de faire obtenir du crédit, de l'argent ou des effets à une personne et deuxièmement le cautionnement¹⁰³.

La quatrième exception concerne la vente d'effets. Seul le contrat de vente proprement dit est visé ici. La preuve testimoniale demeure recevable pour prouver des contrats similaires à la vente, tels le contrat de souscription d'actions¹⁰⁴, le contrat de louage d'ouvrages¹⁰⁵ et le mandat d'acheter ou de vendre¹⁰⁶. De plus, l'exception ne s'applique qu'en ce qui concerne la vente mobilière, elle ne s'applique pas dans le cas d'une vente commerciale d'immeuble. Il faut de plus qu'il s'agisse d'une vente qui n'a pas reçu un début d'exécution ni de la part de l'acheteur ni de la part du vendeur. En effet, si l'acheteur a payé le prix ou a donné un acompte ou encore si le vendeur a livré la marchandise en tout ou en partie ou si celle-ci a été acceptée par l'acheteur en tout ou en partie, la preuve de l'exécution totale ou partielle peut se faire par témoins et cette preuve une fois faite donne ouverture à la preuve testimoniale du contrat lui-même¹⁰⁷.

b) Régime de preuve applicable dans les cas d'exception de l'article 1235 C.c.

Dans les cas d'exception de l'article 1235, seul en principe un écrit complet signé du défendeur est recevable en preuve. Si cet écrit fait défaut, la preuve testimoniale est irrecevable, même avec un commencement de preuve par écrit, vu qu'en matière commerciale le commencement de preuve par écrit n'existe pas¹⁰⁸.

La preuve écrite peut toutefois être remplacée par un aveu judiciaire complet¹⁰⁹. L'aveu extrajudiciaire pour valoir comme tel

103. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 11, no 378, p. 162.

104. *Grobstein c. Jacobsen*, (1960) C.S. 177.

105. *Bennett c. Nardello*, (1923) 35 B.R. 47; *Naud c. Dolbec*, (1959) C.S. 120.

106. *Carruthers Co. c. Smith*, (1917) 54 S.C.R. 131, inf. 24 B.R. 151.

107. L. DUCHARME, *op. cit.*, note 11, no 387, p. 165.

108. *Breuvages J.A. Lévesque Inc. c. J.L. Chevalier Equipment Arena Ltée*, (1980) C.A. 180.

109. *Tanguay c. Norac Lumber Co.*, (1979) R.P. 149 (C.P.).

devrait résulter d'un écrit signé du défendeur. Quant à l'aveu oral, il ne pourra pas être prouvé par témoins mais seulement par aveu judiciaire.

CONCLUSION

Comme on peut le constater par ce rapide survol des règles de preuve applicables au contrat, le législateur accorde une préférence marquée à la preuve écrite comme moyen de preuve du contrat. Cette préférence se manifeste par la règle de l'article 1233 C.c. qui fait obligation aux parties à un acte juridique de le constater par écrit, sous peine de ne pouvoir le prouver par témoins. Elle est affirmée également par l'article 1204 C.c. qui fait prohibition de prouver tout acte juridique constaté par écrit autrement que par la production de l'original de cet écrit ou d'une copie qui légalement en tient lieu, sauf dans les cas où le recours à cette preuve est impossible. Elle explique la règle de l'article 1234 C.c. qui fait défense aux parties à un contrat constaté par écrit de recourir à la preuve testimoniale pour démontrer que l'objet réel de ce contrat était différent de son objet apparent, c'est-à-dire de l'objet que lui attribuent les termes de l'écrit.

L'ensemble de ces règles n'ont qu'un but: amener une meilleure sécurité juridique. Il est normal que celui qui a eu la sagesse de se ménager une preuve écrite de ses droits se trouve, sur le plan de la preuve, dans une situation privilégiée et que la preuve résultant de son titre ne puisse être contredite que par un autre écrit ou par aveu mais non par une simple preuve testimoniale.

Parce que l'écrit comme moyen d'expression du consentement présente, sur le plan de la preuve, des avantages évidents, l'obligation faite aux parties à un acte juridique de le consigner par écrit paraît pleinement justifiée.

C'est pourquoi, il ne faut pas s'étonner de constater que l'essentiel du présent régime de preuve quant au contrat a été préservé, sous réserve de modifications mineures, dans le projet de Code civil préparé par l'Office de révision du Code civil.