La preuve

LA PREUVE

PARTIE 1 – OBJET DE LA PREUVE 107

TITRE 1 – PREUVE DU DROIT 107

Chapitre 1 – Preuve du droit interne 107
Section 1 – Preuve du contenu du droit 107
§ 1. Preuve des usages 108
§ 2. Preuve des conventions collectives 109
Section 2 – Preuve de l'ignorance du droit 109

Chapitre 2 – Preuve du droit extra-national 111
Section 1 – Preuve des engagements internationaux 111
Section 2 – Preuve de la loi étrangère 111
§ 1. Preuve de la loi civile 111
A. Obligation de rechercher le contenu de la loi applicable 112
B. Moyens de détermination du contenu de la loi étrangère 113
§ 2. Preuve de la loi répressive 113

TITRE 2 – PREUVE DU FAIT ET ÉTENDUE DU CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION 115

Chapitre 1 – Appréciation souveraine des juges du fond 115
Section 1 – En droit de la famille 116
§ 1. Preuve de la filiation 116
§ 2. Preuve des récompenses en droit des régimes matrimoniaux 117
Section 2 – Droit électoral 119
Section 3 – Droit de la responsabilité 120
Section 4 – Droit des biens 122
Section 5 – Droit commercial 123
§ 1. Droit commercial général 123
§ 2. Droit bancaire 124
A. Constatation des faits 124
B. Évaluation du préjudice 125
C. Qualification des faits résultant d'une appréciation quantitative 125
D. Qualification des faits résultant de la connaissance d'un fait par une partie ou de son état psychologique 126
Section 6 – Droit fiscal 127
Section 7 – Droit du travail 129
Section 8 – Droit pénal 131
§ 1. Principes généraux gouvernant le contrôle 131
§ 2. Application particulière aux standards 133

Chapitre 2 – Dénaturation 137
Section 1 – Notion de dénaturation 137
Section 2 – Visa 138

PARTIE 2 – CHARGE DE LA PREUVE 139

TITRE 1 – PRÉSOMPTIONS LÉGALES ET PRÉTORIENNES 139

Chapitre 1 – Présomptions légales 140
Section 1 – En matière civile et commerciale 140
§ 1. Présomption de fraude en matière d'acquisition de nationalité par mariage 140
A. Détermination de la date de la découverte de la fraude 141
B. Présomption de fraude 141
§ 2. Présomption de profit de la communauté en cas d'encaissement de fonds propres ou provenant d'un propre 142
§ 3. Présomption de titularité des droits d'auteur de l'exploitant à l'encontre du tiers poursuivi pour contrefaçon 145
§ 4. Présomption de licéité de la cause, posée par l'article 1132 du code civil (non-subordination à la régularité formelle de la reconnaissance de dette) 146
§ 5. Présomption de « pas-de-porte » dans le statut des baux ruraux ... 147
§ 6. Présomption de responsabilité du transporteur 150
Section 2 – En matière fiscale 152
Section 3 – En droit du travail et de la sécurité sociale 153
§ 1. Présomption d'imputabilité de l'accident survenu au lieu et au temps de travail 153
§ 2. Présomption de lien d'exposition à l'amiante 156
§ 3. Présomption de maladie professionnelle 157
A. Présomption résultant de l'inscription de la maladie dans un tableau de maladies professionnelles 157
B. Établissement de la maladie professionnelle à partir d'une expertise individuelle 158
Section 4 – En matière pénale et douanière 159
§ 1. Présomption de responsabilité en matière de circulation (au pénal) 159
§ 2. Présomption de culpabilité en matière douanière 160

Chapitre 2 – Présomptions prétoriennes 162
Section 1 – En matière civile et commerciale 162
§ 1. Paiement de la dette d'autrui 162
§ 2. Présomption de mandat de représentation de la société apéritrice à l'égard des coassureurs 163
§ 3. Présomption d'utilité publique des fonds affectés à une mission diplomatique 164
Section 2 – En droit du travail 165
§ 1. Présomption tirée de la mention d'une convention collective sur un bulletin de paie 165
§ 2. Présomption tirée de l'apparence de contrat 166
Section 3 – En matière pénale 167
§ 1. Abus de biens sociaux : présomption de l'usage des biens dans l'intérêt personnel du dirigeant en cas de prélèvement occulte ... 167
§ 2. Présomption de mauvaise foi et preuve du fait justificatif de bonne foi en matière de diffamation 168

TITRE 2 – RISQUE DE LA PREUVE 170

Chapitre 1 – Attribution du risque 171
Section 1 – En matière civile et commerciale 171
§ 1. Successions et donations 171
A. Preuve de l'intention libérale : généralités 171
B. Preuve de l'intention libérale : donation entre époux 172
§ 2. Assurances et indemnisation des victimes d'infraction 173
A. Preuve du paiement de la prime d'assurance 173
B. Preuve de la date du paiement de la prime 173
C. Preuve de l'exception à une exclusion de garantie 174
D. Indemnisation des victimes d'infractions : preuve de la forclusion 175
§ 3. Relations locatives 175
A. Preuve du vice caché affectant la chose louée 176
B. Preuve du caractère manifestement sous-évalué du loyer 177
C. Preuve du paiement du loyer 177
D. Baux dérogatoires : preuve de l'opposition au maintien dans les lieux 178
E. Preuve de la consistance d'un préjudice 179
F. Preuve de créances du bailleur venant en déduction du dépôt de garantie 180
G. Preuve de la mise à disposition du locataire des justificatifs de charges 181
H. Preuve de la réalité des prestations facturées (en cas de clause de mise à disposition) 181
§ 4. Droit bancaire 182
A. Répartition de la charge de la preuve 182
B. Transmission de la charge de la preuve 183
C. Quantum *des intérêts perdus* 184
Section 2 – En matière fiscale 185
§ 1. Principes généraux de répartition de la charge entre contribuable et administration fiscale 185
§ 2. Dispositions spécifiques à certains redressements 187
Section 3 – En droit privé de la santé 189
§ 1. Infections nosocomiales : preuve du lien causal entre hospitalisation et pathologie constatée 189
§ 2. Produits de santé défectueux : preuve du lien causal entre usage du produit ou exposition au produit et pathologie constatée 190
§ 3. Preuve de l'information médicale 192
Section 4 – En droit de la sécurité sociale 193
§ 1. Preuve en matière de redressement des cotisations de sécurité sociale 193
A. Preuve du silence circonstancié de l'agent de contrôle 193
B. Preuve de l'insuffisance de la comptabilité de l'assuré 194
§ 2. Preuve en cas de recouvrement de l'indu 194
§ 3. Preuve de la date de notification d'une décision 195
§ 4. Preuve de la faute inexcusable 195
A. Obligation de sécurité de résultat et éléments constitutifs de la faute . 196
1. Acte ou omission volontaire de l'employeur 196
2. Conscience du danger que devait avoir l'employeur 197
3. Preuve de la faute inexcusable par le demandeur à l'action 197
B. Nécessité d'un lien de causalité 197

Section 5 – En droit du travail 198
§ 1. Preuve dans le contentieux des élections professionnelles 198
§ 2. Preuve en matière de harcèlement 200
§ 3. Preuve en matière de discrimination 203
§ 4. Preuve des heures de travail accomplies 207
Section 6 – En matière pénale 209
§ 1. Présomption d'innocence et renversement ou aménagement de la charge de la preuve 209
§ 2. «Allègement» de la charge de la preuve en matière de corruption 213
Chapitre 2 – Bénéfice du doute 215
Section 1 – Doute à l'égard de l'accusé (matière pénale) 215
Section 2 – Doute à l'égard de la victime (matière civile) 218
§ 1. Doute et présomption de contamination transfusionnelle par le virus de l'hépatite C 218
§ 2. Doute relatif à la catégorie d'appartenance de la victime dans la loi du 5 juillet 1985 219

PARTIE 3 – MODES DE PREUVE 221

TITRE 1 – VALEUR PROBANTE DE L'ÉLÉMENT PRODUIT 221

Chapitre 1 – Principe de la force probante 221
Section 1 – L'adage « Nul ne peut se constituer un titre à soi-même » 221
§ 1. Stricte portée de la prohibition 222
§ 2. Inapplicabilité de la prohibition aux faits juridiques 222
A. Première chambre civile 223
B. Deuxième chambre civile 223
C. Troisième chambre civile 223
D. Chambre commerciale 224
Section 2 – Contestation de titre 225
§ 1. Contestation de l'acte sous seing privé 225
A. Déni d'écriture et de signature 225
B. Acte sous seing privé et constat d'huissier 226
§ 2. Contestation de l'acte authentique 227
Chapitre 2 – Intensité de la force probante 229
Section 1 – Acte de bornage 229
Section 2 – Procès-verbaux en matière pénale, douanière et fiscale 229
§ 1. Procès-verbaux valant jusqu'à preuve contraire 230
§ 2. Procès-verbaux valant jusqu'à inscription de faux 231

TITRE 2 – LIBERTÉ QUANT À L'ÉLÉMENT PRODUIT 232

Chapitre 1 – En droit civil des obligations 232
Section 1 – Preuve de la cause de l'obligation 233
Section 2 – Preuve du paiement libératoire 234
Chapitre 2 – En droit de la famille 235
Section 1 – Fait invoqué à l'appui du divorce 235
Section 2 – Contenu des dispositions testamentaires 236

Chapitre 3 – En droit des actes de commerce 237
Section 1 – Principe de la liberté des preuves 238
Section 2 – Atténuation du particularisme probatoire 240
Section 3 – Réglementation spécifique des livres comptables et factures émises par les commerçants 240
Section 4 – Bail commercial entre commerçants 241
Chapitre 4 – En droit des assurances 242
Section 1 – Preuve du contrat d'assurance 242
§ 1. Preuve de l'existence et du contenu du contrat d'assurance par l'assuré 242
§ 2. Preuve de l'existence et du contenu du contrat d'assurance par les tiers 243
Section 2 – Preuve de la connaissance des clauses du contrat 244
Section 3 – Preuve de la fausse déclaration et de la mauvaise foi 245
Section 4 – Preuve de la fausse déclaration et rôle du questionnaire 245
Chapitre 5 – En droit des biens 248
Section 1 – Titularité d'un droit réel 248
§ 1. Preuve du droit de propriété 248
§ 2. Preuve d'une servitude 249
Section 2 – Valeur de l'immeuble exproprié 250
Chapitre 6 – En droit du statut du fermage 252
Section 1 – Preuve de l'existence d'une convention soumise au statut 252
Section 2 – Preuve d'un manquement du preneur 254
Chapitre 7 – En droit des procédures collectives 256
Chapitre 8 – En droit du travail 258
Section 1 – Recevabilité des attestations, témoignages, présomptions 258
Section 2 – Protection des témoins en matière de harcèlement 258
Section 3 – Recevabilité de l'aveu 259
Section 4 – Observations complémentaires 260
Chapitre 9 – En droit pénal 261
Section 1 – Preuve de la flagrance 262
Section 2 – Preuve de l'élément matériel de l'infraction 263
Section 3 – Preuve de l'élément moral 263

PARTIE 4 – ADMINISTRATION DE LA PREUVE 265

TITRE 1 – TECHNIQUES D'ADMINISTRATION DE LA PREUVE 265

Chapitre 1 – Mesures d'instruction 265
Section 1 – Mesures d'instruction en droit civil 265
§ 1. Mesures d'instruction en référé ou sur requête (article 145 du code de procédure civile) 265
A. Conditions générales 266
1. Conserver les preuves ou établir les faits 266
2. Potentialité d'un procès 268

B. Mise en œuvre 268
1. Empêchement légitime en droit commercial 269
2. Mesures *in futurum* en droit du travail 270
§ 2. Visites domiciliaires en matière fiscale 272
§ 3. Saisies-contrefaçon 273
Section 2 – Mesures d'instruction dans le cadre d'une procédure pénale 274
§ 1. Secret des mesures d'instruction 275
§ 2. Modalités de l'instruction 278
A. Encadrement de l'objet des investigations 278
B. Liberté des modes d'investigation 280
1. Principe 280
2. Limites 281
a. Limites spéciales 281
b. Limites générales 281
Chapitre 2 – Expertises 284
Section 1 – Expertise aide à la décision 284
§ 1. Expertise en matière de construction 284
A. Développement de l'expertise 285
B. Renouvellement de l'expertise 285
§ 2. Expertise de gestion en droit des sociétés 287
Section 2 – Expertise, élément de la décision 288
§ 1. Expertises médicales obligatoires 288
A. Obligation du recours à l'expertise en matière de transsexualisme 288
B. Recours obligatoire à l'expertise médicale de l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale 289
§ 2. Expertises patrimoniales obligatoires 290
A. Évaluation des sociétés civiles 290
B. Valeur des parts des sociétés commerciales 291
C. Évaluation des parts sociales et des biens en matière fiscale 292
Section 3 – Expertise pénale et contrôle de l'office du juge 292
Chapitre 3 – Sanctions 297
Section 1 – Sanctions civiles 297
Section 2 – Sanctions pénales 299
§ 1. Infractions protégeant la sincérité des preuves 299
A. Preuves écrites 299
B. Témoignages 300
C. Preuves matérielles 301
§ 2. Infraction prohibant les manœuvres 302
A. Qualification d'escroquerie au jugement 302
1. Définition 302
2. Applications 303
B. Éléments du régime de l'escroquerie au jugement 305
1. Rôle du juge civil 305
2. Point de départ de la prescription 306
§ 3. Lois de blocage 306

TITRE 2 – PRINCIPES GOUVERNANT L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE 307

Chapitre 1 – Principe de la contradiction et droits de la défense 308
Section 1 – Principe de la contradiction lors des investigations 308
§ 1. Expertise 308
A. Garantie des droits de la défense au cours de l'expertise 308
1. Principe de la contradiction appliqué à l'expertise 308
2. Sanction du principe 310
a. Nullité 310
b. Inopposabilité 311
B. Expertise amiable non contradictoire 312
§ 2. Visites domiciliaires en matière fiscale 313
Section 2 – Principe de la contradiction et secret 313
§ 1. Secret médical en matière d'accident du travail 313
§ 2. Secret de l'identité des syndiqués en matière de preuve de l'existence d'une section syndicale 315
Section 3 – Principe impératif de la contradiction en matière pénale ... 317

Chapitre 2 – Admissibilité des modes de preuve 318
Section 1 – Encadrement en fonction de la nature des preuves 318
§ 1. Respect de la personne 318
A. Corps humain 318
1. Expertise biologique 319
a. Expertise biologique et preuve de la filiation 319
b. Expertise biologique et preuve de l'adultère 321
2. Irrecevabilité de l'expertise biologique pratiquée en dehors du contrôle du juge 322
B. Santé 322
C. Correspondances 324
1. SMS et divorce 324
2. Accès à la messagerie du salarié 326
D. Tempérament du « droit à la preuve » 329
§ 2. Secret des affaires 330
A. Confrontation entre protection du secret des affaires et application des règles de preuve 331
1. Secrets des affaires non légalement protégés 331
2. Secrets des affaires légalement protégés 332
a. Secret des correspondances des avocats 333
b. Secret bancaire 334
B. Protection du secret des affaires en matière de pratiques anticoncurrentielles : un aménagement original des règles de preuve 338
1. Protection du secret des affaires 338
2. Dévoilement du secret des affaires 339
Section 2 – Encadrement des procédés probatoires 340
§ 1. Exigence générale de licéité des procédés probatoires 340
A. Affirmation de l'exigence 340
1. Encadrement de l'obtention des preuves 340
a. Pressions sur autrui 340
α. Respect de la dignité de la personne 340
β. Provocation à l'infraction 342
b. Intrusions chez autrui 344
α. Pénétration sur une parcelle agricole 344
β. Visites domiciliaires en matière fiscale 345
c. Loyauté de l'obtention des preuves en matière fiscale 347

2. Encadrement de la production des preuves 348
a. Vérité du fait diffamatoire 348
b. Pièces d'un dossier pénal 351
B. Exception à l'exigence 351
§ 2. Contrôle particulier des dispositifs de surveillance 353
A. Surveillance d'autrui 353
1. Surveillance humaine 353
a. Détective privé 353
b. Interception des correspondances 354
2. Surveillance technologique 355
a. Enregistrements 355
α. Retranscription de propos captés à l'insu des intéressés 355
β. Enregistrements clandestins dans le droit de la concurrence 357
γ. Enregistrements en matière pénale 360
b. Géolocalisation en matière pénale 363
B. Surveillance du salarié par l'employeur 364
1. Conciliation des prérogatives de l'employeur et des libertés du salarié 364
2. Mise en œuvre de la conciliation 367
a. Filature 367
b. Constat d'huissier 369
c. Géolocalisation 370

PARTIE 1 – OBJET DE LA PREUVE

Dans l'immense majorité des litiges, la preuve qu'il s'agit d'administrer porte sur un fait, auquel la règle de droit attache tel effet juridique escompté par la partie sur laquelle pèse cette charge (titre 2). Mais il arrive, dans certains cas particuliers, que la partie doive également rapporter la preuve de la règle de droit même qu'elle invoque (titre 1).

TITRE 1 – PREUVE DU DROIT

Il convient d'opérer une distinction entre la preuve du droit interne (chapitre 1) et celle du droit étranger (chapitre 2).

Chapitre 1 – Preuve du droit interne

« Le juge connaît le droit » et « Nul n'est censé ignorer la loi » sont deux présomptions, essentielles à notre système juridique, qui l'une (section 1), comme l'autre (section 2), connaissent des limites.

Section 1 – Preuve du contenu du droit

Le juge connaît le droit, dès lors il ne saurait être question pour les parties d'en établir l'existence ou le contenu au soutien de leur prétention. La norme étant normalement l'affaire du juge (« *jura novit curia* »), il devrait incomber en toutes circonstances à celui-ci de connaître sinon de rechercher par lui-même le droit applicable au litige (voir, plus généralement, sur cette répartition, entre les parties et le juge, de la preuve selon son objet, H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, rééd. [en fac-sim.], Dalloz, 2002, n° 80 et s.).

Mais il arrive qu'exceptionnellement, une partie doive démontrer l'existence et même la consistance d'une règle de droit à défaut de quoi le juge, dispensé de devoir rechercher la norme en question, rejettera sa demande.

On comprend que ce « renversement de la charge de la preuve du droit » n'intervient que dans des hypothèses très particulières, dans lesquelles la règle de droit se situe, en réalité, à la frontière du droit et du fait.

Les usages et les coutumes sont traditionnellement cités comme étant soumis à ce régime (§ 1). Il conviendra de se demander si les conventions collectives, normes assurément atypiques, font l'objet de ce traitement processuel atypique (§ 2).

§ 1. Preuve des usages

Plus nombreuses sont les normes posées par les textes, plus réduite est la place laissée aux usages.

Malgré l'importance prise aujourd'hui, dans notre système juridique, par le droit écrit, il subsiste encore des matières régies, du moins partiellement, par des normes issues d'une pratique constante et ressentie comme obligatoire par ceux qui s'y plient.

Le secteur de l'agriculture a toujours été propice à l'apparition d'usages normatifs à raison de l'ancienneté de cette activité mais aussi de la disparité des pratiques d'une région agricole à l'autre, disparité qui empêche l'édiction d'une règle unique à l'échelle du pays. Il n'est donc pas étonnant que la troisième chambre civile de la Cour de cassation, devant laquelle la plupart des litiges relatifs à ce secteur d'activité sont portés, ait eu à connaître d'usages locaux. Mais autant l'existence d'une norme écrite ne donne pas lieu à discussion (seule son applicabilité peut éventuellement être discutée, ce qui est différent), autant la partie contre laquelle un usage est invoqué va, surtout si cet usage est de portée seulement locale, être souvent tentée d'en contester l'existence.

Compte tenu de la nature particulière de cette norme impalpable et rétive à l'écrit, la troisième chambre civile déroge, conformément à une jurisprudence bien établie, à cette règle selon laquelle les parties sont dispensées de prouver le droit.

Il ressort ainsi de ses arrêts (il y en a très peu) qu'il incombe à la partie qui invoque à son profit l'existence d'un usage local de justifier à la fois de cette existence mais aussi de sa consistance (voir, par exemple, 3e Civ., 11 février 1987, pourvoi no 85-14.840 ; Soc., 26 octobre 1965, *Bull.* 1965, IV, no 713, étant précisé qu'à l'époque, les litiges relatifs aux baux ruraux entraient dans la compétence de la chambre sociale).

Cette double preuve est évidemment facilitée lorsqu'existe un « code » ou un « recueil » des usages locaux rédigé à l'initiative de la chambre d'agriculture (pour une illustration en matière d'aménagement foncier, voir 3e Civ., 14 juin 1994, pourvoi no 92-20.943 ; 3e Civ., 11 février 1987, précité).

Mais il n'est pas que l'agriculture qui sécrète des usages. Pour en rester dans le domaine du droit de l'immobilier, l'article 671 du code civil renvoie expressément aux éventuels usages locaux le soin d'apporter une dérogation à la distance légale des plantations (« Il n'est permis d'avoir des arbres, arbrisseaux et arbustes près de la limite de la propriété voisine qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants, ou par des usages constants et reconnus et, à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les plantations dont la hauteur dépasse deux mètres, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres plantations »). Dans la logique expliquée plus haut, la troisième chambre retient que la distance légale s'applique à défaut pour celui qui la conteste d'établir la preuve d'un usage local dérogatoire (voir, par exemple, 3e Civ., 11 mai 2005, pourvoi no 04-10.195 : « Attendu que M. X… fait grief à l'arrêt de refuser d'annuler les délibérations des 12 février 1999 et 14 janvier 2000 en tant qu'elles concernaient l'abattage et la replantation d'arbres, alors, selon le moyen, que l'article 671 du code civil ne trouve à s'appliquer qu'à défaut d'usage ; qu'en s'abstenant de rechercher si, comme le soutenait M. X…, l'usage applicable dans les banlieues de la région parisienne autorisait la plantation des arbres jusqu'à l'extrême limite des jardins, les juges du fond ont

privé leur décision de base légale au regard de l'article 671 du Code civil ; Mais attendu qu'ayant relevé que l'assemblée générale des copropriétaires du 12 février 1999 avait retenu l'impossibilité de replanter les arbres au même endroit, l'article 671 du Code civil imposant une distance minimum de deux mètres entre l'arbre planté et la limite du fonds voisin, la cour d'appel, devant laquelle M. X… n'établissait pas l'existence d'un usage local spécifique, a légalement justifié sa décision de ce chef »).

§ 2. Preuve des conventions collectives

« Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. »

C'est au visa de ce principe, prévu par l'article 12, alinéa 1er, du code de procédure civile, que la chambre sociale fixe les devoirs du juge lorsqu'est en cause devant lui l'application d'une convention ou d'un accord collectifs.

Il résulte en effet de la jurisprudence de la chambre sociale :
– que le juge n'a pas à rechercher d'office l'existence d'une convention collective applicable en la cause (Soc., 5 octobre 1993, pourvoi no 89-41.644, *Bull.* 1993, V, no 224) ;
– qu'en revanche, si une partie invoque une convention collective sans la produire, il appartient au juge « de se procurer par tous moyens ce texte […], au besoin en invitant les parties à lui en faire parvenir un exemplaire » (même arrêt) ; (voir, dans le même sens, Soc., 7 novembre 2006, pourvoi no 05-42.323, *Bull.* 2006, V, no 327 ; Soc., 3 mai 2007, pourvoi no 05-43.863, *Bull.* 2007, V, no 67 ; Soc., 5 mai 2009, pourvoi no 07-43.558).

Le juge ne peut donc débouter la partie qui invoque l'existence d'une convention collective en se bornant à constater que cette partie ne produit pas l'acte en question.

La raison de cette jurisprudence tient à la nature de la convention collective : conclue comme un contrat, elle a en réalité la nature d'un véritable règlement et est susceptible de contenir, comme le disent les arrêts cités, « la règle de droit éventuellement applicable au litige » (voir, par exemple, Soc., 5 mai 2009, précité).

Elle doit en conséquence être traitée comme la loi elle-même, d'où le visa de l'article 12 du code de procédure civile dans les arrêts de la Cour, et l'obligation faite au juge, toujours au visa de l'article 12, non seulement de se faire communiquer le texte de la convention invoquée, mais aussi de l'interpréter lui-même, en cas de contestation (Soc., 15 juillet 1998, pourvoi no 96-42.005, *Bull.* 1998, V, no 389 ; Soc., 13 novembre 2008, pourvoi no 06-40.060, *Bull.* 2008, V, no 212).

Section 2 – Preuve de l'ignorance du droit

« N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte » (article 122-3 du code pénal).

Si les infractions les plus simples se prêtent mal à soutenir qu'une erreur de droit ait pu être commise par le prévenu, il n'en va pas de même, du moins théoriquement, en matière d'infractions dont l'élément légal est compliqué par une combinaison de prescriptions légales, règlements de divers niveaux normatifs et mesures administratives individuelles : urbanisme, environnement, santé, consommation…

En ces matières, l'élément intentionnel demeure requis, même si (Crim., 12 juillet 1994, pourvoi n° 93-85.262, *Bull. crim*. 1994, n° 280) il est suffisant de constater la violation « en connaissance de cause » d'une prescription légale ou réglementaire.

La chambre criminelle ne saurait, sans remettre en cause le développement de ces nouveaux champs de la répression ouverts par le législateur, donner une interprétation excessivement bienveillante de l'article 122-3.

Dans la période récente, on relèvera un arrêt du 3 juin 2009 (Crim., 3 juin 2009, pourvoi n° 08-86.212) rendu en matière d'urbanisme. Le prévenu avait transformé un garage en salle de restaurant, sans permis, la mairie ayant considéré que cette modification n'en nécessitait pas ; la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'être entrée en voie de condamnation, notamment car « il incombe au prévenu d'établir qu'il a cru, par une erreur de droit qu'il n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir le fait reproché ».

Les juges du fond doivent donc s'attacher à rechercher le caractère inévitable de l'erreur (Crim., 12 septembre 2006, pourvoi n° 05-83.235, *Bull. crim*. 2006, n° 218 : Ne donne pas de base légale à sa décision, la cour d'appel qui, pour relaxer un prévenu des chefs de construction sans permis et d'infraction au plan d'occupation des sols, retient une erreur de droit, au sens de l'article 122-3 du code pénal, sans justifier le caractère inévitable de l'erreur commise ni la croyance du prévenu dans la légitimité d'une prétendue autorisation).

Les effets que peut avoir la délivrance d'une autorisation administrative sont au centre de ce débat. On exceptera du propos les cas dans lesquels…
… le prévenu n'a pas réellement sollicité l'administration (voir, par exemple, Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-86.546) ;
… ou n'a pas réellement obtenu de permis (voir, par exemple, Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-86.547 ; Crim., 12 septembre 2006, précité) ;
… ou a essuyé en définitive une annulation de son permis de construire (Crim., 18 mai 2005, pourvoi n° 04-86.981) ;
… ou, se plaçant sur un autre terrain juridique, déniait contre toute évidence le caractère modificateur de ses travaux (Crim., 12 septembre 2006, précité).

Dans des hypothèses moins marginales, les arrêts se montrent quand même restrictifs. Ainsi (Crim., 15 novembre 1995, pourvoi n° 94-85.414, *Bull. crim*. 1995, n° 350, *Dr. pén*. 1996, comm. 56 par M. Véron), dans des circonstances dans lesquelles l'administration et l'administré pouvaient avoir des raisons d'être prudents et dans lesquelles, par surcroît, le prévenu n'avait pas invoqué l'excuse en temps voulu. La Cour de cassation a fait de même aux dépens d'un prévenu (exploitant d'hypermarchés) que les services juridiques propres, et une certaine habitude des opérations d'urbanisme commercial, pouvaient alerter (Crim., 19 mars 1997, pourvoi n° 96-80.853, *Bull. crim*. 1997, n° 115).

Plus récemment, la chambre criminelle a refusé encore le bénéfice de l'erreur de droit à un particulier qui était confronté à des législations à la fois urbanistiques et environnementales. Le prévenu avait demandé un permis de construire régulièrement, l'avait obtenu, la mairie ayant en outre reçu un avis favorable des services départementaux de l'équipement (DDE) après consultation du ministère de l'environnement (Crim., 20 mars 2012, pourvoi n° 11-84.114).

On pourra constater que la preuve du droit étranger et international est fondamentalement soumise au même régime que celle des usages locaux. Cette analogie, qui peut paraître paradoxale, provient de ce que toutes ces normes sont regardées comme un fait que celui qui les invoque doit être en mesure de prouver en cas de contestation.

Chapitre 2 – Preuve du droit extra-national

Il est inévitable que les litiges transfrontaliers se multiplient à mesure que les échanges, humains, économiques, culturels… dématérialisés ou « matérialisés », se développent.

La résolution de ces litiges ne peut relever des seules normes internes : le recours à des instruments internationaux (section 1) ou à des dispositions étrangères (section 2) est fréquemment nécessaire, ainsi que la preuve de leur contenu.

Section 1 – Preuve des engagements internationaux

La preuve du droit international, constitué par les traités internationaux et les éventuels actes dérivés, peut revêtir, au regard de la preuve et de l'office du juge, une nature différente selon que l'État français est ou non partie au traité invoqué par une partie.

Lorsque l'État français n'est pas partie au traité invoqué, la norme qui en est issue doit être regardée comme du fait qu'il incombe aux parties de prouver à l'instar de la loi étrangère comme il sera vu plus après.

La Cour de cassation reconnaît ainsi, dans la même logique, au juge du fond, le pouvoir d'interpréter souverainement les traités internationaux passés entre deux États étrangers (1re Civ., 1er février 1972, pourvoi no 70-11.911, *Bull.* 1972, I, no 36 : « Mais attendu qu'appréciant souverainement le sens et la portée d'un traité passé entre deux puissances étrangères, lequel traité, doit être considéré comme une loi étrangère, la cour d'appel décide, sans dénaturation, qu'en toutes ses dispositions ce traité ne concerne que les rapports entre citoyens suisses et citoyens des États-Unis d'Amérique, ce qui n'est pas le cas en l'espèce où Jules Y… est de nationalité française »).

Elle contrôle, à l'inverse, tant l'application que l'interprétation des traités internationaux régulièrement ratifiés par la France à l'égal de la loi française elle-même (J. Boré, L. Boré, « Pourvoi en cassation », *in Rép. proc. civ.*, Dalloz, septembre 2008, no 282).

Section 2 – Preuve de la loi étrangère

La résolution des litiges, qui peuvent être aussi bien de nature civile (§ 1) que pénale (§ 2), conduit souvent le juge à devoir connaître – et parfois même à appliquer – une loi étrangère, qu'il faudra bien alors prouver.

§ 1. Preuve de la loi civile

Le terme de « preuve » ne devrait en principe pas s'appliquer au droit, dans la mesure où le juge doit connaître le droit, selon l'adage « *Jura novit curia* », tandis que

les parties doivent établir la preuve des faits nécessaires au succès de leurs prétentions. Cependant, le juge français ne possède pas toujours la connaissance du droit étranger positif applicable, alors que sa substance est indispensable pour lui permettre de régler le litige dont il est saisi « conformément aux règles de droit qui lui sont applicables », en vertu de l'article 12 du code de procédure civile.

A. Obligation de rechercher le contenu de la loi applicable

La Cour de cassation a, par deux arrêts prononcés le même jour, le 28 juin 2005, rendus respectivement par la première chambre civile et la chambre commerciale, unifié le régime de la preuve du droit étranger, au visa de l'article 3 du code civil : « il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger » (1re Civ., 28 juin 2005, pourvoi no 00-15.734, *Bull.* 2005, I, no 289 ; Com., 28 juin 2005, pourvoi no 02-14.686, *Bull.* 2005, IV, no 138 ; (pour les deux arrêts) *RCDIP* 2005, p. 645, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *D.* 2005, p. 2853, note N. Bouche ; *D.* 2005, pan. p. 2748, obs. H. Kenfack ; *D.* 2006, pan. p. 1495, obs. P. Courbe ; (second arrêt uniquement) *RTD com.* 2005, p. 872, obs. Ph. Delebecque ; B. Ancel, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5e éd., 2006, no 83).

Ces arrêts ont mis fin à une divergence de la jurisprudence de ces chambres de la Cour. Une même conception de l'office du juge est adoptée dans la détermination du droit applicable, même si une partie de la doctrine maintient son opposition à la distinction opérée entre disponibilité ou non des droits en cause. La Cour impose au juge du fond d'appliquer, d'office, la règle de conflit de lois en présence de droits indisponibles, et de la mettre en œuvre en présence de droits disponibles, lorsqu'une des parties l'invoque.

Une fois le conflit de lois tranché par le juge du fond, la jurisprudence de la Cour impose au juge du fond qui a déclaré la loi étrangère applicable, que la règle de conflit ait été soulevée d'office par le juge ou que le droit étranger ait été invoqué par une partie ou toutes les parties, de veiller à l'application de ce droit.

Afin d'assurer l'effectivité de la règle de conflit, il incombe au juge du fond de rechercher la teneur du droit positif étranger. Le juge du fond ayant la responsabilité de l'application de la loi étrangère désignée doit supporter, lui-même, la charge de la recherche du droit positif étranger, que les droits soient disponibles (1re Civ., 11 février 2009, pourvoi no 07-13.088, *Bull.* 2009, I, no 28 ; 1re Civ., 22 mars 2012, pourvoi no 09-68.067, *Bull.* 2012, I, no 61) ou indisponibles (1re Civ., 11 février 2009, pourvoi no 08-10.387, *Bull.* 2009, I, no 27 ; 1re Civ., 28 octobre 2009, pourvoi no 08-19.920 ; 1re Civ., 1er juin 2011, pourvoi no 10-16.482, *Bull.* 2011, I, no 101 ; 1re Civ., 23 novembre 2011, pourvoi no 10-25.206, *Bull.* 2011, I, no 203 ; 1re Civ., 28 mars 2012, pourvoi no 11-18.549).

Cette obligation, à laquelle est tenu le juge, s'opère avec le concours des parties. Cependant, il ne peut leur transférer la charge de la preuve de la loi étrangère (1re Civ., 21 novembre 2006, pourvoi no 05-22.002, *Bull.* 2006, I, no 500, *RCDIP* 2007, p. 575, note H. Muir Watt ; 1re Civ., 30 janvier 2007, pourvoi no 03-12.354, *Bull.* 2007, I, no 44, *RCDIP* 2007, p. 769, note T. Azzi ; 1re Civ., 11 mars 2009, pourvoi no 08-15.348, *Bull.* 2009, I, no 49 ; 1re Civ., 3 mars 2010, pourvoi no 09-13.723, *Bull.* 2010, I, no 52 ; 1re Civ., 15 février 2012, pourvoi no 11-13.746).

B. Moyens de détermination du contenu de la loi étrangère

En s'assurant du concours des parties, le juge doit, donc, établir la teneur du droit étranger, comme le rappelle la Cour (1re Civ., 11 février 2009, pourvoi no 07-13.088, *Bull.* 2009, I, no 28) : « il incombe au juge français saisi d'une demande d'application d'un droit étranger de rechercher la loi compétente, selon la règle de conflit, puis de déterminer son contenu, au besoin avec l'aide des parties, et de l'appliquer ». La preuve de la teneur de ce droit peut être rapportée par la production de certificats de coutume, établis par écrit à la demande de l'une des parties et délivrés soit par une autorité officielle de l'État concerné, soit par un juriste spécialisé. Le juge peut, également, rechercher d'office le contenu de la loi étrangère, en ordonnant une expertise dont la mission est confiée à un juriste connaissant la loi étrangère. Enfin, le juge peut user des procédures de coopérations judiciaires spécialement prévues à cet effet.

Selon une jurisprudence constante de la Cour, « le juge […] apprécie souverainement la valeur probante d'un certificat de coutume » (1re Civ., 30 janvier 2007, pourvoi no 03-12.354, *Bull.* 2007, I, no 44 précité). La Cour de cassation ne contrôle pas, sauf dénaturation du document relatant le contenu du droit étranger, l'application faite par le juge des dispositions de la loi étrangère, mais exerce un contrôle de motivation. À cet égard, elle a censuré un arrêt dans lequel les juges d'appel n'avaient pas mentionné les dispositions de la loi étrangère sur laquelle ils s'étaient fondés pour rendre leur décision (1re Civ., 6 mars 2001, pourvoi no 98-17.416).

Lorsque la substance du droit étranger est établie, le juge peut devoir l'interpréter afin de donner une solution conforme au droit positif étranger. La Cour de cassation a censuré la décision d'une cour d'appel qui avait débouté le demandeur en refusant de tenir compte de la production de la loi étrangère relative aux droits litigieux et d'un arrêt de la juridiction suprême étrangère, alors « qu'il lui appartenait, si elle s'estimait insuffisamment informée de la teneur du droit [étranger] d'en rechercher tout élément complémentaire » (1re Civ., 6 décembre 2005, pourvoi no 03-12.342, *Bull.* 2005, I, no 461, B. Ancel, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5e éd., 2006, p. 732).

Le juge du fond ne peut se soustraire à l'établissement de la preuve du droit étranger. Cependant, s'il se heurte à l'impossibilité d'obtenir la preuve de son contenu, cette défaillance conduit à l'application de la loi du for, en application de sa vocation subsidiaire à régir toute situation de droit. La Cour de cassation a consacré cette solution, même dans le contentieux de droits indisponibles : « si le juge français qui reconnaît applicable une loi étrangère se heurte à l'impossibilité d'obtenir la preuve de son contenu, il peut, même en matière de droits indisponibles, faire application de la loi française, à titre subsidiaire » (1re Civ., 21 novembre 2006, pourvoi no 05-22.002, *Bull.* 2006, I, no 500).

§ 2. Preuve de la loi répressive

– L'évolution du droit pénal international, singulièrement de l'extradition, tend en règle générale à l'allègement du contrôle accompli par l'État requis, en vertu du principe de confiance mutuelle.

Un exemple du contrôle réduit que doivent exercer les juges du fond peut être trouvé dans un arrêt rendu par la chambre criminelle le 18 mars 2008 : selon les termes

de l'article 695-23 du code de procédure pénale, il n'appartient à la chambre de l'instruction saisie de l'exécution d'un mandat d'arrêt relatif à des faits incriminés sous la qualification de fraude et punis aux termes de la loi de l'État requérant d'une peine d'emprisonnement de 9 ans, ni de vérifier s'ils font l'objet d'une incrimination par la loi française, ni de porter une appréciation sur leur qualification juridique et la détermination de la peine encourue (Crim., 18 mars 2008, pourvoi n° 08-81.266).

– Le problème de la preuve du contenu du droit pénal du pays requérant se pose néanmoins. En effet, seules les infractions punies à la fois par les lois de l'État requérant et par celles de l'État requis peuvent donner lieu à extradition. Cette exigence de double incrimination figure à l'article 696-3, alinéa 4, du code de procédure pénale ainsi que dans l'ensemble des conventions d'extradition.

– Cependant, dès lors que les faits sont punis dans l'un et l'autre des droits nationaux, il importe peu que ce soit en des termes identiques ou sous des sanctions comparables et il n'appartient pas à la juridiction française, lorsqu'elle se prononce sur la demande d'extradition, de vérifier si les faits pour lesquels l'extradition est demandée ont reçu de la part des autorités de l'État requérant une exacte qualification juridique au regard de la loi pénale de cet État (CE, 24 mai 1985, n° 65.207, publié au *Recueil Lebon*).

Par application de ce qui précède, les faits poursuivis sous la qualification de dissimulation de la part d'un failli par l'autorité judiciaire britannique entrent dans les prévisions de l'article 695-23, alinéa 1er, du code de procédure pénale dès lors qu'ils constituent l'infraction de banqueroute ou d'organisation frauduleuse d'insolvabilité au regard de la loi française ; en revanche les faits poursuivis sous la qualification de fausses déclarations sous serment faites hors procédure judiciaire ne sont pas constitutifs de l'une des infractions énumérées à l'article 695-23, alinéas 2 à 34, du code précité et ne sont susceptibles d'aucune qualification pénale en droit français (Crim., septembre 2005, pourvoi n° 05-84.999, *Bull. crim.* 2005, n° 227).

De même, les faits réprimés par la loi italienne sous le vocable de « non-exécution infractionnelle d'une mesure disposée par le juge civil en matière de garde de mineurs et soustraction de mineur au parent qui exerce l'autorité parentale », visés par le mandat d'arrêt européen émis par les autorités judiciaires italiennes, « correspondent à des comportements également incriminés en France » (Crim., 29 mars 2006, pourvoi n° 06-81.183).

Jugé enfin qu'encourt la cassation l'arrêt qui, pour refuser la remise d'une personne recherchée pour des faits qualifiés de fraude, énonce, d'une part, que l'article visé de la loi du pays requérant (Pologne) n'est pas applicable faute de voir réunis ses éléments constitutifs et, d'autre part, que ces faits ne sont pas davantage constitutifs d'escroquerie en droit français, alors qu'il n'appartenait pas à la chambre de l'instruction, sauf inadéquation manifeste entre les faits et la qualification retenue, d'apprécier le bien-fondé de la qualification donnée par l'autorité judiciaire de l'État d'émission (Crim., 21 novembre 2007, pourvoi n° 07-87.540, *Bull. crim.* 2007, n° 291).

La Cour de cassation comme le Conseil d'État ont par ailleurs rappelé qu'il importe peu que la qualification française ne corresponde pas à la qualification étrangère (Crim., 19 janvier 2005, pourvoi n° 04-86-304 ; CE, 27 juillet 2005, n° 272098, mentionné aux tables du *Recueil Lebon*).

– En matière de mandat d'arrêt européen, le contrôle de la double incrimination est supprimé quand les faits visés au mandat d'arrêt sont, aux termes de la loi de l'État requérant, punis d'une peine d'emprisonnement d'au moins trois ans et inclus dans une liste de trente-deux « catégories » d'infractions établie à l'article 2 de la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, reprise dans l'article 695-23 du code de procédure pénale. Il s'agit là de la principale traduction du principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales et de confiance mutuelle.

Lorsque l'infraction reprochée ne s'inscrit pas dans la liste des trente-deux catégories d'infractions précitée, il revient aux autorités de l'État requérant de rédiger un résumé des faits permettant aux autorités destinataires de vérifier si le critère de double incrimination est rempli. Il doit donc être plus précis que la description des circonstances prescrite ci-dessus. La preuve du contenu du droit étranger apparaît ainsi comme étant à la charge de l'autorité publique, et non du prévenu.

– Aussi, concernant l'article 695-23 du code de procédure pénale (contrôle de la double incrimination), la Cour de cassation a pu confirmer l'arrêt qui accorde la remise d'une personne recherchée en exécution d'une peine unique prononcée pour l'une au moins des infractions répondant aux conditions prévues par les articles 695-12 et 695-23 du code de procédure pénale, et ce alors même qu'une autre des infractions pour lesquelles la condamnation avait été prononcée ne faisait pas l'objet d'une double incrimination (Crim., 29 novembre 2006, pourvoi n° 06-87.993, *Bull. crim*. 2006, n° 302).

TITRE 2 – PREUVE DU FAIT ET ÉTENDUE DU CONTRÔLE DE LA COUR DE CASSATION

Lorsqu'elle forme un pourvoi, une partie demande à la Cour de cassation d'exercer un contrôle sur la décision – arrêt ou jugement – objet de ce recours. Ce contrôle, qui conduit assez souvent en pratique le juge de cassation à vérifier si un acte, un document… n'ont pas été dénaturés (chapitre 2), trouve ses limites, dans le système processuel français, dans le pouvoir souverain d'appréciation des faits reconnu au juge du fond (chapitre 1).

Chapitre 1 – Appréciation souveraine des juges du fond

On pourrait penser, dans un premier mouvement, que, dans la mesure où il apprécie souverainement l'existence d'un fait, le juge du fond jouit tout autant du pouvoir d'apprécier la valeur et la portée des preuves des faits administrées par les parties. Généralement vraie, cette affirmation doit être nuancée lorsque la loi encadre, par des règles impératives, l'administration de la preuve, auquel cas le juge de cassation peut – et même doit – contrôler l'application de cette règle de droit probatoire. Il est proposé d'illustrer ces propos en les confrontant à différentes matières de droit privé réparties entre les différentes chambres de la Cour de cassation.

Section 1 – En droit de la famille

Deux aspects de ce droit, l'un patrimonial (§ 2), l'autre non (§ 1), seront abordés.

§ 1. Preuve de la filiation

L'article 310-3, qui figure à la section 1 « Des preuves et présomptions » du chapitre 1er « Dispositions générales » du titre VII « De la filiation » du code civil, créé par l'ordonnance no 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, dispose : « La filiation se prouve par l'acte de naissance de l'enfant, par l'acte de reconnaissance ou par l'acte de notoriété constatant la possession d'état. [Dès lors qu'une action relative à la filiation est engagée], la filiation se prouve et se conteste par tous moyens, sous réserve de la recevabilité de l'action ».

La vérité biologique occupe une place toute particulière qui sera examinée dans la partie 4, titre 2, chapitre 2, section 1, § 1, A.

C'est sur le terrain de la possession d'état que l'appréciation souveraine des juges du fond trouve plus particulièrement à s'exercer.

Le nouvel article 311-1 du code civil n'apporte pas de changement notable aux anciens articles 311-1 et 311-2 du même code, sauf à modifier l'ordre des éléments constitutifs de la possession d'état, plaçant le nom en dernière position, derrière le *tractatus* et la *fama*.

Le pouvoir d'appréciation des juges du fond porte sur la notion de « réunion suffisante de faits » telle qu'elle résulte de l'article 311-1 précité, aux termes duquel : « La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir ».

Rappelons que, pour qu'existe une « réunion suffisante de faits », il n'est pas nécessaire que tous les éléments figurant à l'article 311-2 soient réunis (1re Civ., 6 mars 1996, pourvoi no 94-14.969, *Bull.* 1996, I, no 120).

S'agissant du contrôle opéré sur la notion de possession d'état, qui mêle à la fois des éléments de fait et de droit, la Cour ne laisse pas aux juges du fond toute latitude.

Le contrôle de la Cour porte :
– sur la motivation ;
– sur le respect des caractères de la possession d'état (caractère continu et absence de vice) ;
– sur la pertinence des éléments retenus eu égard à la notion de possession d'état ;
– sur la déduction qu'opèrent les juges du fond à partir des éléments de faits souverainement appréciés.

Plusieurs arrêts viennent illustrer ce constat :
– ainsi, un arrêt du 12 juillet 2001 (1re Civ., pourvoi no 99-14.644) sanctionne une cour d'appel pour n'avoir pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations qui soulignaient le caractère particulièrement lâche des liens ayant pu exister entre les parties. Dans un commentaire de cette décision, Jacques Massip (*Petites affiches*, 18 mars 2002, no 55, p. 16) renvoie aux conclusions de l'avocat général Lucien Charbonnier, s'adressant à la première chambre civile à l'occasion d'un arrêt rendu le 8 juillet 1988 en ces

termes : « la notion de possession d'état est une notion juridique et la Cour de cassation contrôle les notions juridiques. Ce que les juges du fond apprécient souverainement, c'est l'existence des éléments de fait d'où se déduit la possession d'état. Mais cette déduction, quant à elle, est et ne peut qu'être contrôlée, car les faits retenus comme constituant la possession d'état doivent faire apparaître les caractères juridiques requis… L'abandon du contrôle en cette matière ouvrirait la voie à l'arbitraire et à la contradiction. Vous manqueriez à votre mission régulatrice » (sur les déductions tirées, par les juges du fond, des éléments soumis, voir notamment 1re Civ., 19 mars 1996, pourvoi no 94-14.754 ; 1re Civ., 27 juin 2000, pourvoi no 98-23.065 ; 1re Civ., 17 septembre 2003, pourvoi no 01-12.343 ; 1re Civ., 14 mars 2006, pourvoi no 05-13.825 ; 1re Civ., 4 juillet 2006, pourvoi no 05-14.442 ; 1re Civ., 9 juin 2010, pourvoi no 09-12.892).
– dans un arrêt du 14 novembre 2006 (pourvoi no 05-19.673), la première chambre, procédant à un contrôle de motivation, a jugé que : « la cour d'appel a pu estimer [nous soulignons] que les éléments relevés étaient insuffisants pour caractériser la possession d'état telle que définie par les articles 311-1 et 311-2 du code civil et a ainsi légalement justifié sa décision » (sur le caractère suffisant ou non des éléments produits, voir aussi 1re Civ., 17 octobre 2000, pourvoi no 98-20.138 ; 1re Civ., 20 janvier 2010, pourvoi no 09-10.632 ; 1re Civ., 9 février 2011, pourvoi no 09-71.691).
– s'agissant des caractéristiques de la possession d'état, la notion de continuité exigée par les textes a été précisée par plusieurs arrêts. Il a ainsi été décidé que les relations n'ont pas besoin d'être constantes si elles sont habituelles (1re Civ., 3 mars 1992, pourvoi no 90-15.313, *Bull.* 1992, I, no 69) (sur l'absence d'équivoque, voir 1re Civ., 29 février 2012, pourvoi no 10-26.678).
– enfin, dans un arrêt du 9 juillet 2008 (pourvoi no 07-16.253), la première chambre a confirmé le contrôle léger exercé sur la notion de possession d'état (E. Roueil, « La Cour de cassation et la notion de possession d'état d'enfant », *Petites affiches*, 23 février 1999, no 38, p. 9 ; voir aussi P. Murat, « Éléments constitutifs de la possession d'état : faits exceptionnels appellent traitement particulier », *Dr. fam.* no 1, janvier 2006, comm. 2). Elle a en effet jugé que « la cour d'appel qui a d'abord examiné la recevabilité de l'action intentée par M. Bernard Y…, a souverainement estimé qu'il était démontré que ce dernier n'avait jamais revu l'enfant Bruno depuis la séparation du couple Y…-X…, intervenue en 1974, et que la famille de M. Bernard Y… n'avait jamais connu l'enfant, qu'elle a pu en déduire qu'en dépit de l'existence de certains éléments constitutifs d'une possession d'état, M. Bernard Y… n'avait pas eu un comportement de père et que la possession d'état n'avait pas été continue […] ».

§ 2. Preuve des récompenses en droit des régimes matrimoniaux

En application de l'article 1433 du code civil, lorsqu'à la liquidation du régime, un époux commun en biens réclame récompense à la communauté au titre de ses deniers propres, il lui incombe, en cas de contestation, de prouver que la communauté en a tiré profit (1re Civ., 8 février 2005, pourvoi no 03-13.456, *Bull.* 2005, I, no 65 ; 1re Civ., 8 février 2005, pourvoi no 03-15.384, *Bull.* 2005, I, no 66).

Établir que la communauté s'est enrichie au détriment du patrimoine propre d'un époux consiste à prouver que les deniers propres de ce dernier ont été mis à la disposition de la communauté pour faire face, par exemple, aux besoins de la vie quotidienne du ménage, au paiement de dettes communes (il y a eu profit pour la communauté à

raison de l'économie faite du coût des dépenses), à l'acquisition, à l'amélioration ou à la conservation d'un bien commun.

Il s'agit donc d'établir un fait juridique. La règle probatoire édictée par l'article 1433, alinéa 3, du code civil ne constitue qu'une application du principe de la liberté des moyens de preuve régissant la preuve des faits juridiques. La preuve est donc libre : la preuve du profit tiré par la communauté des deniers propres d'un époux peut être faite par tous moyens et notamment par des indices et des présomptions. Le contrôle de la Cour de cassation reposant sur la distinction fondamentale entre le fait et le droit, la question de savoir si l'époux rapporte la preuve du profit tiré par la communauté de ses deniers propres relève du pouvoir exclusif des juges du fond.

Les juges du fond apprécient, dans l'exercice de leur pouvoir souverain, hors du contrôle de la Cour de cassation, l'existence et la valeur des indices d'où il résulte une présomption de l'homme que la loi abandonne à leur lumière et à leur prudence (1re Civ., 5 février 1980, pourvoi no 79-10.396, *Bull.* 1980, I, no 41 ; 1re Civ., 5 décembre 1995, pourvoi no 94-11.011, *Bull.* 1995, I, no 444 ; 1re Civ., 14 janvier 2003, pourvoi no 00-21.108, *Bull.* 2003, I, no 4, *Defrénois* 2003, p. 997, note G. Champenois).

Les juges du fond apprécient donc souverainement si les fonds propres d'un époux ont été consommés par la communauté pour être affectés au paiement des dépenses de la famille (1re Civ., 27 mars 2007, pourvoi no 05-16.434 ; 1re Civ., 19 septembre 2007, pourvoi no 05-16.389). Il leur appartient de constater l'éventuelle simultanéité de la perception par un époux de fonds propres et d'investissements communs et d'apprécier souverainement si cette concomitance constitue une présomption suffisante de nature à emporter la conviction que l'acquisition, l'amélioration ou la conservation d'un bien commun n'ont pu être financées qu'au moyen des deniers propres de l'époux (Com., 9 octobre 1990, pourvoi no 89-13.438, *Bull.* 1990, IV, no 227 ; 1re Civ., 6 avril 1994, pourvoi no 91-22.341, *Bull.* 1994, I, no 137 ; 1re Civ., 6 mars 2001, pourvoi no 98-17.723 ; 1re Civ., 19 septembre 2007, précité).

L'article 1433, alinéa 2, du code civil illustre le principe édicté à l'alinéa 1er, selon lequel l'époux propriétaire peut prétendre à récompense lorsque la communauté a tiré profit de ses biens propres : le seul fait de l'« encaissement » de deniers propres par la communauté constitue pour elle son profit, sans qu'il y ait lieu de rechercher l'utilisation qui en a été faite.

On y reviendra (partie 2, titre 1, chapitre 1, section 1, § 2), mais il doit être souligné, dès à présent, que la communauté, qui n'a plus la jouissance des biens propres des époux, n'ayant pas la personnalité morale, l'« encaissement » ne peut être que le fait d'un époux. Cette notion d'encaissement suscite donc des difficultés et la Cour de cassation entend la contrôler.

En son dernier état, la Cour de cassation considère qu'il y a « encaissement », au sens de l'article 1433 du code civil, lorsque, par exemple, des deniers propres d'un époux sont déposés sur un compte joint, ouvert au nom des deux époux, ce dont il se déduit, à défaut de preuve contraire, le droit à récompense (1re Civ., 8 février 2005 [2 arrêts], précités ; *Rapport annuel* 2005, p. 215 ; *RTD civ.* 2005, p. 445, note B. Vareille ; *AJ famille* 2005, p. 149, note P. Hilt ; *Dr. fam.* 2005, no 80, note B. Beignier ; *Revue juridique Personnes et Famille* no 5, 1er mai 2005, p. 14, note F. Vauvillé ; *Defrénois* 2005, p. 1506, note G. Champenois ; 1re Civ., 6 juillet 2005, pourvoi no 02-17.628 ; 1re Civ.,

25 avril 2007, pourvoi n° 05-19.129 ; 1re Civ., 6 juillet 2005, pourvoi n° 02-17.628 ; 1re Civ., 25 avril 2007, pourvoi n° 05-19.129). Dans cette hypothèse, à défaut de preuve contraire rapportée par le conjoint, les juges du fond ne peuvent que présumer que les deniers propres de l'époux ont été utilisés par le ménage et affectés au paiement des dépenses communes et, par conséquent, le profit tiré par la communauté.

En revanche, la Cour de cassation considère que le profit tiré par la communauté résultant de l'« encaissement », au sens de l'article 1433, alinéa 2, du code civil, des deniers propres d'un époux, ne peut être déduit de la seule circonstance que ces deniers ont été versés, au cours du mariage, sur un compte bancaire ouvert au nom de cet époux (1re Civ., 8 novembre 2005, pourvoi n° 03-14.831, *Bull.* 2005, I, n° 403, *RTD civ.* n° 4, 1er octobre 2006, p. 815, note B. Vareille, *D.* 2006, p. 2066, note J. Revel, *AJ famille* 2006, p. 33, note P. Hilt ; 1re Civ., 3 février 2010, pourvoi n° 09-65.345, *Bull.* 2010, I, n° 33, *RTD civ.* n° 1, 1er janvier 2012, p. 141, note B. Vareille ; 1re Civ., 15 février 2012, pourvoi n° 11-10.182, *Bull.* 2012, I, n° 33, *Revue juridique Personnes et Famille* n° 6, 1er juin 2012, p. 13, note F. Vauvillé, *RTD civ.* n° 2, avril 2012, p. 364, note B. Vareille, *Gaz. Pal.* n° 76-77, 16 mars 2012, p. 41, note J. Casey, *AJ famille* 2012, p. 232, note P. Hilt, *JCP* éd. N n° 28, 13 juillet 2012, 1295, note E. Naudin, *Dr. fam.* n° 4, avril 2012, comm. 70 par B. Beignier).

Dans cette hypothèse, la Cour de cassation exclut l'existence d'une présomption d'usage des fonds propres au profit de la communauté. En dépit de la présomption de communauté, les juges du fond ne peuvent pas déduire le profit tiré par la communauté du seul fait du dépôt de deniers propres sur le compte bancaire ouvert au nom de l'époux propriétaire.

Section 2 – Droit électoral

Le contentieux de l'inscription sur les listes électorales générales fournit l'exemple d'un contentieux dans lequel la frontière entre le pouvoir souverain des juges du fond et le contrôle de la Cour de cassation est délicate à tracer. La preuve du domicile, classiquement défini par un élément matériel – l'habitation – mais surtout un élément intentionnel qui lui confère son caractère d'unicité – l'intention d'y fixer son principal établissement – en est un exemple caractéristique.

On comprend aisément que la Cour de cassation contrôle la preuve du domicile selon le contentieux dans lequel il détermine l'application d'une règle ; ainsi l'étendue du contrôle varie-t-elle selon qu'est en cause le domicile en droit de la nationalité ou le domicile en droit électoral, qui ne met en question que le lieu d'exercice du droit de vote, et non le droit de vote lui-même. Traditionnellement, la Cour de cassation ne contrôlait pas la preuve du domicile en retenant que « le juge du fond apprécie souverainement les éléments constitutifs d'un domicile réel ou d'une habitation au sens de l'article L. 11-1° du code électoral » (2e Civ., 2 mars 1977, pourvoi n° 77-60.046, *Bull.* 1977, II, n° 53). Elle en concluait d'ailleurs au cas d'espèce que le juge du fond avait légalement justifié sa décision en décidant de rejeter la demande d'inscription d'un étudiant sur la liste électorale de la commune où résidaient ses parents, dès lors (simple contrôle de motivation) qu'il avait relevé que cet étudiant poursuivait des études de médecine à Paris, avait toutes ses occupations, y habitait, et que « s'il profitait largement de la résidence de ses parents en province, il ne pouvait pas prétendre y être domicilié

ou y habiter ». Du contrôle de motivation au défaut de base légale, il n'y a pas vraiment de modification de l'étendue du contrôle (2e Civ., 9 mars 1977, pourvoi no 77-60.160, *Bull.* 1977, II, no 66), mais pour éviter toute ambiguïté, la deuxième chambre civile a rappelé que la preuve du domicile devait rester une question soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Aussi a-t-elle décidé, par un arrêt publié, au visa de l'article L. 11, 1°, du code électoral, que « le domicile d'un étudiant n'est pas nécessairement fixé dans la commune où il poursuit ses études » (2e Civ., 14 avril 2005, pourvoi no 05-60.084, *Bull.* 2005, II, no 93). La solution s'explique par la motivation censurée du tribunal d'instance. Non pas que celui-ci ait dû être désavoué d'avoir classiquement fixé le domicile d'un étudiant au lieu où il poursuivait ses études, mais pour en avoir fait une question de droit qu'il ne pouvait éluder en retenant que « M. X…, étudiant à Ajaccio, [était] forcément domicilié pour les besoins de ses études dans cette ville ». Si elle avait été approuvée, cette décision aurait systématiquement domicilié tous les étudiants dans la ville où ils étudient, ce qui aurait conféré à la solution la généralité d'une question de droit et imposé à la Cour de cassation un contrôle qu'elle ne peut exercer sur des questions de modes de preuve aussi factuelles.

En définitive, ce qui est censuré, c'est le refus du juge du fond d'exercer son pouvoir souverain d'appréciation sur les modes de preuve du domicile. La deuxième chambre civile l'a précisé en 2008 dans une affaire de droit électoral démonstrative. De jurisprudence constante (voir, par exemple, 2e Civ., 11 juillet 1979, pourvoi no 78-11.518, *Bull.* 1979, II, no 208 et pourvoi no 77-15.977, *Bull.* 1979, II, no 209), les attestations produites en justice qui ne sont pas conformes aux exigences de forme de l'article 202 du code de procédure civile demeurent valables comme mode de preuve (« les dispositions de [l'article 202 du code de procédure civile] ne sont pas prescrites à peine de nullité »). Il en résulte que le juge du fond doit examiner la pièce et en apprécier la force probante, qui est fonction de la formalité omise : elle peut être intacte si l'attestation n'est pas manuscrite, ou gravement entachée si, faute de signature notamment, on ne sait pas de qui elle émane. Dans le dossier ayant donné lieu à l'arrêt du 21 février 2008 (2e Civ., 21 février 2008, pourvoi no 08-60.022), le juge du fond avait relevé qu'aucun document n'était produit, autre qu'une attestation non conforme à l'article 202 du code de procédure civile. Le jugement a été cassé au motif de droit apparemment évident que « En cas d'inobservation des règles de forme prévues par [l'article 202 du code de procédure civile] pour la validité des attestations produites en justice, non prescrites à peine de nullité, les juges du fond apprécient souverainement la valeur probante de l'attestation irrégulière ». Il en résulte que les juges du fond sont tenus d'apprécier la valeur probante de l'attestation irrégulière, quel que soit le résultat au fond de cette investigation.

Section 3 – Droit de la responsabilité

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a eu à connaître (2e Civ., 17 janvier 2013, pourvoi no 11-27.406), dans le cadre du contentieux de l'indemnisation du dommage corporel, d'un aspect de la méthode de liquidation du préjudice économique du conjoint survivant.

Il était admis par les parties que la veuve pouvait obtenir réparation de la perte de revenus dans le couple liée au décès de son mari, mais également de l'incidence

professionnelle de ce dernier. La Cour de cassation ne s'était jamais prononcée sur cette question de sorte que la cour d'appel, en subordonnant le succès de cette prétention à des conditions de preuve, se trouvait en situation intermédiaire entre le fait et le droit. Elle relevait en effet dans son arrêt que si la victime par ricochet peut demander réparation du poste de préjudice de l'incidence professionnelle subi par le défunt avant son décès, c'est à la condition qu'il soit tenu compte, en vertu du parallélisme des formes, de sa propre incidence professionnelle en plus des revenus qu'elle continuait de percevoir, dès lors que le préjudice est un revenu différentiel. La cour d'appel en déduisait qu'elle devait rejeter la demande d'indemnisation de l'incidence professionnelle du défunt formée par la veuve, dès lors qu'aucun justificatif concernant l'indemnisation de cette dernière n'était produit. Le pourvoi en cassation se prévalait de la violation de l'article 16 du code de procédure civile par une formulation qui traduit la difficulté liée à la frontière : il était reproché à la cour d'appel d'avoir relevé « d'office [un] moyen [qui doit en principe être un moyen de droit] tiré d'un fait que les parties n'avaient pas invoqué au soutien de leurs prétentions ». La cassation est prononcée sous la motivation suivante : « Attendu que, pour condamner le BCF à verser à Mme Clara X… une certaine somme en réparation de son préjudice économique et à la CNIEG une certaine somme en remboursement des prestations versées, l'arrêt énonce que la revalorisation demandée des seuls revenus du défunt doit être écartée dans la mesure où les consorts X… ne fournissent aucun élément permettant de tenir compte également des augmentations dont Mme X… devrait bénéficier, lesquelles auraient également un caractère automatique et ne résulteraient pas des efforts fournis par elle après le décès de son mari pour améliorer la situation économique de la famille ; Qu'en se déterminant ainsi, alors que le moyen tiré de la prise en compte de la revalorisation des revenus de l'épouse après le décès du mari, qui n'avait été invoqué par aucune des parties, était relevé d'office sans que les parties aient été invitées à présenter leurs observations, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

La situation a considérablement évolué, on le voit, par rapport à l'époque où l'évaluation du poste de préjudice des pertes économiques subies par le conjoint survivant ne donnait lieu traditionnellement à aucun contrôle de la Cour de cassation (voir, par exemple, Crim., 22 avril 1992, pourvoi n° 91-82.307). Constatant la mise en œuvre de la nomenclature « Dintilhac » par les juridictions du fond, la Cour de cassation a peu à peu instauré un contrôle de méthode dont l'enjeu n'est pas tant l'étendue (ce qui est contrôlé et ce qui ne l'est pas) que l'intensité (jusqu'où contrôler ?). Or les confins du contrôle ont pour point commun de poser à la Cour la question du principe même du contrôle. La jurisprudence récente sur ce poste de préjudice en fournit encore un exemple. Pour le conjoint survivant, contrairement à ses enfants, le préjudice est viager, calculé en fonction d'un barème de capitalisation qui dépend du sexe et de l'âge. Les cours d'appel déterminent souverainement, en présence d'un désaccord entre les parties, quelle est la table de capitalisation qu'il convient d'utiliser (il s'agit en général du barème publié à la *Gazette du Palais* des 7-9 novembre 2004, mis à jour en 2011 : *Gaz. Pal.*, 5 mai 2011, pages 7 à 11). Mais toutes les cours d'appel ne se sont pas accordées sur le point de savoir s'il faut utiliser la table du défunt ou celle du conjoint survivant, l'existence de deux tables se justifiant par la différence d'espérance de vie entre les hommes et les femmes. Certains juges retiennent systématiquement la table de capitalisation viagère correspondant au sexe et à l'âge au jour du décès du plus âgé dans le couple, certains retenant la table applicable au défunt et, par exception, celle applicable

au conjoint survivant, lorsque la différence d'âge est telle qu'elle fait mentir la probabilité selon laquelle, même en l'absence d'accident, le conjoint décédé serait effectivement décédé le premier. La Cour de cassation avait envisagé de prendre le contrôle de cette question mais face à une mosaïque de situations de fait susceptibles de commander des réponses différentes, en tout cas nuancées, il a été finalement décidé par la deuxième chambre civile de renoncer à remettre en cause le pouvoir souverain des juges du fond en la matière (2e Civ., 12 mai 2011, pourvoi no 10-20.392 ; 2e Civ., 8 mars 2012, pourvoi no 10-23.043, *Bull.* 2012, II, no 42).

Section 4 – Droit des biens

D'une façon générale, la Cour de cassation reconnaît au juge du fond le pouvoir d'apprécier souverainement si un sujet de droit a eu connaissance de tel événement.

Cette position n'a rien pour surprendre sachant que la connaissance est un élément de pur fait à l'instar de la volonté (voir, par exemple, 3e Civ., 5 septembre 2012, pourvoi no 11-19.721 ; 3e Civ., 10 juillet 2012, pourvoi no 11-19.753) ou de la bonne/mauvaise foi (voir, par exemple, 3e Civ., 12 septembre 2012, pourvoi no 11-18.073 ; 3e Civ., 23 mai 2012, pourvoi no 11-14.456).

La matière du droit de préemption (et du droit de préférence) n'y fait ordinairement pas exception ainsi qu'il ressort de quelques arrêts de la troisième chambre civile. On peut notamment citer en ce sens un arrêt du 20 décembre 1995 (pourvoi no 93-20.995 : « Attendu qu'appréciant la valeur des éléments de preuve qui lui étaient soumis et procédant à une interprétation exclusive de dénaturation que l'ambiguïté des termes de la promesse de vente rendait nécessaire, la cour d'appel a légalement justifié sa décision en retenant souverainement que le bénéficiaire n'avait pas eu connaissance de l'existence du droit de préférence conféré au locataire […] »).

Il en va autrement lorsque le juge du fond retient la connaissance (ou l'absence de connaissance) en faisant application d'une règle de droit.

En ce cas, la Cour de cassation, en exerçant son contrôle sur l'application de cette règle de droit, est également amenée à juger, par voie de conséquence, de l'existence de la connaissance.

Un récent arrêt de la troisième chambre civile met en lumière l'exercice d'un contrôle de la sorte (3e Civ., 23 novembre 2011, pourvoi no 10-10.788, *Bull.* 2011, III, no 201). Il est fondé sur les dispositions de l'article L. 412-12 du code rural et de la pêche maritime selon lesquelles le titulaire – SAFER ou locataire – du droit de préemption peut exercer une action en nullité de la vente conclue en fraude de son droit, à condition d'agir dans les six mois « du jour où la date de la vente lui est connue ». En l'espèce, une SAFER exerçait une action en nullité de la sorte contre un vendeur qui lui opposait que le délai de six mois était expiré comme ayant commencé à courir à compter du jour où la vente avait été publiée à la conservation des hypothèques. La cour d'appel avait accueilli cette argumentation, considérant que la publication avait créé, en même temps qu'une opposabilité, un état de connaissance présumée *erga omnes*. Cet arrêt a été cassé au motif que « la publication de l'acte de vente à la conservation des hypothèques ne fait pas, à elle seule, courir le délai de forclusion prévu par le texte susvisé, lequel suppose, de la part du titulaire du droit de préemption méconnu, la connaissance

effective de la date de la vente ». Ainsi, pour la Cour de cassation, la cour d'appel avait donné aux dispositions régissant la publicité foncière une portée excessive ; opposabilité n'est pas connaissance. Seule compte donc, pour l'application de l'article L. 412-12 du code rural et de la pêche maritime, la « connaissance effective » de la vente conclue en méconnaissance du droit de préemption et non une connaissance présumée telle celle retenue par le juge d'appel.

Section 5 – Droit commercial

L'appréciation souveraine des faits par les juges du fond fait l'objet de solutions qui méritent d'être mentionnées tant en droit commercial général (§ 1), qu'en droit bancaire (§ 2).

§ 1. Droit commercial général

S'agissant du droit commercial, on observe que l'ancien article 109 du code de commerce, issu de la loi du 10 septembre 1807, promulguée le 20 septembre 1807, prévoyait, sous forme de liste, différents modes de preuve pour les achats et les ventes, parmi lesquels la preuve testimoniale « dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre ».

Si la référence au pouvoir d'appréciation des juges du fond, à la suite de la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, a disparu de l'ancien article 109 (devenu l'article L. 110-3 du code de commerce), il n'en demeure pas moins, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, que l'appréciation des éléments de preuve relève, dans ce domaine également, du pouvoir souverain des juges du fond.

La Cour rejette ainsi de manière constante les moyens tendant à remettre en discussion devant elle l'appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de preuve établissant la réalité d'une prestation. On peut ainsi donner, pour illustrer ce principe, l'exemple d'un arrêt rendu par la chambre commerciale (Com., 13 décembre 2011, pourvoi n° 10-27.799) : dans cette affaire, une cour d'appel avait énuméré les documents produits par une société pour établir la réalité de l'audit et du travail effectivement exécutés, ce qui suffisait, au regard du pouvoir souverain des juges du fond, à prouver la réalité et la parfaite exécution des prestations accomplies qui étaient en discussion.

De la même manière, alors que les commerçants sont autorisés par l'article L. 123-23 du code de commerce à produire leur comptabilité, régulièrement tenue, pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce, la valeur probante de ce type de preuve demeure soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, dans un litige portant sur le paiement de divers travaux d'impression, les juges du fond, après avoir exposé que les comptes des parties ne coïncidaient pas dans leurs montants et qu'une contestation existait sur la justification d'un report de solde, ont limité la créance alléguée, nonobstant la comptabilité produite, après avoir fait ressortir le caractère incomplet des éléments comptables qui étaient versés aux débats par le prestataire. On constate ainsi que la cour d'appel a pu apprécier la pertinence des éléments comptables, tels qu'ils lui étaient présentés, sans encourir de censure (Com., 11 septembre 2012, pourvoi n° 11-23.079). Il ne s'agissait pas d'exiger du prestataire la production des différentes factures correspondant aux écritures comptables, mais bien d'établir une évolution linéaire sur le plan comptable.

L'appréciation de la valeur des biens fait l'objet d'une appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, en matière fiscale, les valeurs et éléments retenus par l'administration sont appréciés souverainement par les juges du fond (Com., 16 mai 1995, pourvoi n° 92-19.754) en fonction de la valeur du marché. Il en va de même pour les biens mobiliers (titres non cotés : Com., 19 décembre 1989, pourvoi n° 88-13.519). Exceptionnellement il peut être recouru à une expertise (en matière d'évaluation de droits sociaux : Com., 9 février 2010, pourvoi n° 09-10.800) ou à des barèmes (articles 762 et 669 du code général des impôts en matière d'usufruit d'immeuble : Com., 19 janvier 2010, pourvoi n° 09-10.836). La Cour de cassation ne privilégie aucune méthode particulière (comparative, multicritère) mais contrôle que la méthode suivie par le juge est conforme au droit et de nature à permettre d'obtenir une évaluation proche de celle du marché réel (Com., 31 mai 2005, pourvoi n° 01-17.593). Le juge doit analyser les éléments de comparaison concrètement présentés par l'administration fiscale pour vérifier qu'ils sont techniquement adaptés (Com., 4 février 1997, pourvoi n° 95-10.128) et il vérifie que la méthode choisie par l'administration était la plus pertinente (Com., 2 décembre 1997, pourvoi n° 95-22.256 ; Com., 4 février 1997, pourvoi n° 95-12.625 ; Com., 19 mai 1953, *Bull.* 1953, IV, n° 180 ; Com., 15 septembre 2009, pourvoi n° 08-16.444).

§ 2. Droit bancaire

En droit bancaire, comme dans d'autres matières, l'étendue du contrôle de la Cour de cassation résulte de sa compétence consistant à veiller à l'application de la règle de droit et à l'unité d'interprétation du droit français. À côté du contrôle complet effectué sur les motifs de droit, y compris ceux relatifs à la constatation des faits, par exemple en matière de droit de la preuve, son contrôle sur les motifs de fait est minimal, tandis que son contrôle sur la qualification des faits est plus variable. Même lorsqu'elle laisse un pouvoir souverain d'appréciation aux juges du fond, celui-ci n'est pas discrétionnaire. La Cour de cassation effectue, en effet, un contrôle de la motivation en vérifiant, d'une part, l'existence d'une motivation, prescrite par les articles 455 et 458 du code de procédure civile, et, d'autre part, dans certains cas, que cette motivation est propre à caractériser la notion ainsi retenue (Com., 16 mars 1999, pourvoi n° 95-17.420, *Bull.* 1999, IV, n° 64, pour la notion de dirigeant de fait). Si ce contrôle de motivation n'est pas de nature à supprimer toutes les divergences de solution pouvant naître de l'exercice du pouvoir souverain, il tend à les limiter dans la mesure où il permet d'exiger des cours d'appel une motivation suffisamment précise. Les exemples suivants permettront d'illustrer les cas relevant du pouvoir souverain des juges du fond en droit bancaire et l'étendue du contrôle de la motivation effectué par la Cour de cassation.

A. Constatation des faits

Les juges du fond apprécient souverainement des éléments purement factuels, telle la preuve de l'envoi d'une information (envoi de l'information annuelle de la caution prévue par l'article L. 313-22 du code monétaire et financier : Com., 27 mars 2012, pourvoi n° 10-27.345 ; Com., 28 octobre 2008, pourvoi n° 06-17.145, *Bull.* 2008, IV, n° 176 ; Com., 31 mai 2005, pourvoi n° 03-19.147 ; Com., 26 octobre 1999, pourvoi n° 96-18.188 ; envoi des relevés mentionnant le taux effectif global en application de l'article L. 313-1 et L. 313-2 du code de la consommation : Com., 3 juillet 2012, pourvoi n° 11-19.565, *Bull.* 2012, IV, n° 140).

Alors qu'elle effectuait un contrôle de la motivation, en imposant au juge qui retenait que n'était pas rapportée la preuve de l'envoi d'une information d'indiquer les présomptions permettant de douter de l'envoi de lettres d'information dont la copie avait été versée aux débats (Com., 26 juin 2001, pourvoi n° 98-13.629 ; Com., 26 avril 2000, pourvoi n° 98-12.924 ; 1re Civ., 5 juillet 2006, pourvoi n° 05-13.961), la chambre commerciale semble être revenue sur cette exigence de motivation, puisqu'elle a jugé qu'un tel moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine des éléments de preuve par les juges du fond (Com., 31 mai 2005, pourvoi n° 03-19.147 précité) et n'a plus imposé par la suite une telle constatation (Com., 28 octobre 2008, pourvoi n° 06-17.145 précité et, implicitement, Com., 19 juin 2012, pourvoi n° 11-17.015). Par contre, la Cour de cassation veille à l'application des règles relatives à la répartition de la charge de la preuve (Com., 27 mars 2012, précité) ou à l'admissibilité des modes de preuve (Com., 19 juin 2012, précité).

B. Évaluation du préjudice

La responsabilité bancaire est soumise aux règles de la responsabilité civile : les juges du fond évaluent souverainement le montant du préjudice (Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-11.700) dont ils justifient l'existence par l'évaluation qu'ils en ont faite, sans être tenus d'en préciser les divers éléments (Com., 10 juillet 2012, pourvoi n° 11-20.367). En revanche, la Cour de cassation veille à la qualification du préjudice et au respect du principe de la réparation intégrale. Ainsi, elle juge que le dommage résultant du manquement à une obligation de mise en garde consiste en une perte de chance de ne pas contracter (Com., 26 janvier 2010, pourvoi n° 08-18.354, *Bull.* 2010, IV, n° 21) et celui résultant du manquement à une obligation d'information en une perte de chance d'éviter le risque qui s'est réalisé (Com., 10 juillet 2012, pourvoi n° 11-11.891). Sa réparation doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée (Com., 15 février 2011, pourvoi n° 10-11.614). Toutefois, elle peut différer de l'appréciation de cet avantage d'un euro (Com., 8 novembre 2011, pourvoi n° 10-23.662).

C. Qualification des faits résultant d'une appréciation quantitative

Comme bien souvent lorsqu'une qualification repose sur une appréciation quantitative, celle-ci est laissée au pouvoir souverain du juge du fond à qui il appartient, s'agissant de données factuelles, d'analyser, de mesurer, de comparer des données chiffrées. Après avoir exercé un contrôle sur le caractère disproportionné, ou non, de l'engagement de la caution par rapport à ses biens et revenus (Com., 21 juin 2005, pourvoi n° 03-16.254 ; Com., 26 mars 2002, pourvoi n° 99-15.989), la chambre commerciale en laisse cette appréciation au pouvoir souverain des juges du fond, et ce tant en application de l'article L. 341-4 du code de la consommation, qui interdit à un créancier professionnel de se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation (Com., 2 novembre 2005, pourvoi n° 04-12.279 ; Com., 19 octobre 2010, pourvoi n° 09-69.203 ; Com., 30 novembre 2010, pourvoi n° 09-70.375), qu'en matière de responsabilité de la banque qui fait souscrire un cautionnement disproportionné aux revenus et patrimoine de la caution (Com., 2 novembre 2005, pourvoi n° 04-12.279) ou manque à son obligation

de mise en garde, en cas de disproportion de l'engagement de la caution par rapport à ses biens et revenus (Com., 6 février 2007, pourvoi n° 04-15.362, *Bull.* 2007, IV, n° 18 ; Com., 6 décembre 2011, pourvoi n° 10-26.777), d'inadaptation du crédit aux capacités financières des emprunteurs (1re Civ., 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-13.601, *Bull.* 2009, I, n° 232) ou de risque de l'endettement né de l'octroi du prêt (Com., 26 janvier 2010, pourvoi n° 08-70.423), l'appréciation des facultés contributives relevant également du pouvoir souverain des juges du fond (1re Civ., 4 mai 2012, pourvoi n° 11-11.461, *Bull.* 2012, I, n° 97).

En revanche, la chambre commerciale vérifie la méthode utilisée pour mesurer la disproportion, en approuvant une cour d'appel d'avoir analysé les seuls revenus de la caution, sans prendre en compte ceux de sa concubine, pour retenir qu'ils étaient suffisants pour faire face à son engagement (Com., 30 novembre 2010, pourvoi n° 09-70.375) et en affirmant que « le caractère manifestement disproportionné de l'engagement de plusieurs cautions solidaires s'apprécie au regard des revenus de chacune d'entre elles » (Com., 13 septembre 2011, pourvoi n° 10-18.323 ; voir aussi 1re Civ., 22 octobre 1996, pourvoi n° 94-15.615, *Bull.* 1996, I, n° 362) et « sans qu'il y ait lieu de tenir compte de l'existence d'autres garanties » (Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-28.291). De même, elle décide que le prix de vente de biens immobiliers vendus après la souscription du cautionnement (Com., 3 février 2009, pourvoi n° 07-19.778) ou les revenus simplement escomptés de l'opération financée ne peuvent être pris en compte pour apprécier la disproportion manifeste (Com., 19 octobre 2010, pourvoi n° 09-69.203 ; 1re Civ., 1er juillet 2010, pourvoi n° 09-11.281 ; Com., 6 février 2007, pourvoi n° 04-15.362, *Bull.* 2007, IV, n° 18), l'adaptation de l'engagement aux capacités financières des emprunteurs s'appréciant au jour de l'engagement (Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-28.291 ; Com., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-17.171 ; Com., 13 avril 2010, pourvoi n° 09-66.309 pour l'application de l'article L. 341-4 du code de la consommation). Enfin, la connaissance par la caution de l'existence de la disproportion entre ses facultés de remboursement et son engagement de caution ne constitue pas un motif permettant de dispenser la banque de son obligation de mise en garde (Com., 30 novembre 2010, pourvoi n° 10-30.274).

D. Qualification des faits résultant de la connaissance d'un fait par une partie ou de son état psychologique

Les juges du fond disposent également d'un pouvoir souverain pour apprécier la connaissance, la compétence, l'intention des parties. Il en est ainsi du dol ou de la réticence dolosive, souvent invoqués en droit bancaire (Com., 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-19.667), s'agissant tant de l'existence des manœuvres dolosives (Com., 7 février 2012, pourvoi n° 11-10.487, *Bull.* 2012, IV, n° 24 ; Com., 27 septembre 2011, pourvoi n° 10-17.467) que du caractère déterminant de l'erreur commise (Com., 30 mai 2012, pourvoi n° 11-19.594). Cette appréciation souveraine est toutefois soumise à un contrôle de motivation, notamment de la caractérisation de chacun des éléments constitutifs du dol (Com., 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-21.698 ; Com., 1er avril 2003, pourvoi n° 00-13.994). En revanche, s'agissant de la fraude, la Cour de cassation vérifie que les motifs retenus sont propres à caractériser l'intention frauduleuse (Com., 27 mars 2012, pourvoi n° 11-13.536).

Est également souveraine l'appréciation par les juges du fond du caractère volontaire de l'agissement, au détriment du débiteur, de la banque qui acquiert une lettre de

change, pour l'application de l'article L. 511-12 du code de commerce (Com., 23 juin 2004, pourvoi n° 01-12.217) ou, en matière de soutien abusif, de la connaissance du caractère irrémédiablement compromis de la situation du débiteur (Com., 13 mars 2012, pourvoi n° 10-30.923).

De même, la Cour de cassation laisse à l'appréciation souveraine des juges du fond la qualification d'« averti » ou de « non averti » de l'emprunteur (ou de la caution) qui invoque le devoir de mise en garde de la banque consacré par les arrêts de la chambre mixte du 29 juin 2007, qui avait d'ailleurs précisé qu'un professionnel n'est pas présumé averti (Ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi n° 05-21.104, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 7 ; Ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi n° 06-11.673, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 8). En 2009, la chambre commerciale a précisé limiter son contrôle à celui de la motivation relative au caractère averti ou non averti de l'intéressé (Com., 3 février 2009, pourvoi n° 07-19.778), vérifiant dès lors que les critères relevés par les juges du fond pour qualifier d'averties ou de non averties les cautions sont propres à le faire (pour des exemples récents : Com., 17 mai 2011, pourvoi n° 10-14.936 ; Com., 5 avril 2011, pourvoi n° 10-15.853 ; Com., 30 mars 2010, pourvoi n° 09-66.203 ; Com., 9 février 2010, pourvoi n° 09-13.432 ; Com., 8 juin 2010, pourvoi n° 07-21.901) et fixant parfois des lignes directrices : contrairement à la première chambre civile (1re Civ., 30 avril 2009, pourvoi n° 07-18.334, *Bull.* 2009, I, n° 85 ; 1re Civ., 3 mars 1998, pourvoi n° 96-12.882, *Bull.* 1998, I, n° 93) et à la troisième chambre civile (3e Civ., 28 novembre 2007, pourvoi n° 06-17.758, *Bull.* 2007, III, n° 213), la chambre commerciale juge que l'emprunteur ou la caution, assisté(e) par un conseiller lors de la souscription de son engagement est averti(e), de sorte que la banque n'a pas de devoir de mise en garde à son égard (Com., 3 juin 2009, pourvoi n° 08-16.439 ; Com., 12 novembre 2008, pourvoi n° 07-15.949 ; Com., 3 mai 2006, pourvoi n° 02-11.211, *Bull.* 2006, IV, n° 102). En revanche, alors qu'elle avait décidé que le gérant et associé de la société cautionnée devait être considéré comme une caution avertie (Com., 5 avril 2011, pourvoi n° 09-72.953), elle est revenue sur cette présomption, affirmant clairement le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond sur le caractère averti ou non de l'emprunteur ou de la caution (Com., 11 avril 2012, pourvoi n° 10-25.904, *Bull.* 2012, IV, n° 76).

Section 6 – Droit fiscal

Le juge judiciaire est amené à se prononcer sur le bien-fondé de l'assiette de l'impôt ressortissant à sa compétence, en particulier à l'occasion de contestations émises par les contribuables ayant fait l'objet de l'une des procédures de contrôle prévues par le livre des procédures fiscales. Par application de l'article L. 17 du livre des procédures fiscales, l'administration est en effet fondée à rectifier le prix ou l'évaluation d'un bien ayant servi de base à la perception d'une imposition. Ainsi, à la suite de la procédure de rectification contradictoire de l'article L. 55, lorsque, en matière de droits d'enregistrement et de taxe de publicité foncière (ou de taxe sur la valeur ajoutée si elle est due à la place de ces derniers), l'administration fiscale entend rectifier le prix ou l'évaluation du bien ayant servi de base à la perception de l'imposition, l'administration est tenue de prouver l'insuffisance du prix et de l'évaluation présents dans les déclarations et actes. De la même manière, si le contribuable ayant formulé des observations non admises par l'administration a obtenu la saisine de la commission départementale de conciliation en vertu des articles L. 59 et L. 59 B du code précité, ou que celle-ci a été

saisie par l'administration elle-même, et qu'elle donne un avis sur la valeur des biens (en matière de droits d'enregistrement ou de taxe de publicité foncière dans les cas mentionnés à l'article 667 du code général des impôts, de même qu'au sujet de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF)), le juge judiciaire peut-il être conduit à se prononcer sur la valeur du ou des biens appréciée par cette commission. Tel est encore le cas si la contestation porte sur le montant de la taxe annuelle de 3 % sur la valeur vénale des immeubles prévue par l'article L. 199 du livre des procédures fiscales ou encore sur la valeur d'une donation.

Par une jurisprudence déjà ancienne mais réitérée, la chambre commerciale reconnaît au juge du fond le pouvoir d'apprécier souverainement, non seulement si la méthode retenue par l'administration est adaptée à la situation litigieuse, mais surtout de déterminer le prix du bien, par exemple en suivant la méthode prise en compte par une expertise (Com., 10 mai 1988, pourvoi n° 87-13.554, *Bull.* 1988, IV, n° 154). Les valeurs et éléments de comparaison que l'administration a retenus pour déterminer une valeur correspondant à celle du marché sont alors appréciés souverainement par les juges du fond, qui doivent procéder aux constatations de fait déterminantes dans les motifs de leur décision (Com., 16 mai 1995, pourvoi n° 92-19.754) pour vérifier qu'ils sont techniquement adaptés (Com., 21 octobre 2008, pourvoi n° 07-18.181). Il en va de même pour l'évaluation de la valeur des biens mobiliers, tels les titres non cotés en Bourse (Com., 19 décembre 1989, pourvoi n° 88-13.519).

De manière générale, en matière fiscale, et à l'instar des autres chambres civiles, la chambre commerciale laisse au juge du fond le soin d'apprécier la réalité des faits (par exemple de la réalité des secours et des soins non interrompus reçus de l'adoptant par l'adopté qui, devenu contribuable, prétendait être soumis à un taux de taxation dérogatoire à la suite d'une transmission de patrimoine : Com., 7 avril 2009, pourvoi n° 08-14.407, *Bull.* 2009, IV, n° 52 – celle de la réalisation de travaux ou d'une opération de revente par un marchand de biens estimant devoir bénéficier d'un régime de faveur : Com., 5 juillet 1976, pourvoi n° 74-13.707, *Bull.* 1976, IV, n° 226 ; Com., 6 septembre 2011, pourvoi n° 10-21.546 – celle de la tenue d'un document imposé par un texte : Com., 28 avril 1981, pourvoi n° 79-14.803, *Bull.* 1981, IV, n° 193), ou le sens et la portée des conventions, comme la commune intention des parties (Com., 30 juin 1970, pourvoi n° 69-10.493, *Bull.* 1970, IV, n° 225 ; Com., 18 novembre 1975, pourvoi n° 74-11.520, *Bull.* 1975, IV, n° 274), cette liberté d'appréciation se retrouvant dans plusieurs domaines : pour l'appréciation de la preuve du transfert de propriété d'un immeuble soumis à taxation (Com., 2 décembre 1974, pourvoi n° 70-12.539, *Bull.* 1974, IV, n° 311), pour celle de la réalité d'une donation (Com., 22 février 2000, pourvoi n° 97-20.611, *Bull.* 2000, IV, n° 40 ; Com., 7 février 1995, pourvoi n° 93-13.123, *Bull.* 1995, IV, n° 37 ; Com., 27 juin 1989, pourvoi n° 87-19.514, *Bull.* 1989, IV, n° 206 ; Com., 30 juin 1987, pourvoi n° 85-15.735, *Bull.* 1987, IV, n° 168 ; Com., 30 juin 1987, pourvoi n° 85-17.697, *Bull.* 1987, IV, n° 167), en matière de répression des abus de droit (article L. 64 du livre des procédures fiscales), pour celle du but exclusivement fiscal de l'opération, du caractère fictif ou dissimulé de l'acte (Com., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-14.262, *Bull.* 2007, IV, n° 132 ; Com., 10 février 1998, pourvoi n° 96-12.941, *Bull.* 1998, IV, n° 67 ; Com., 30 juin 1987, pourvoi n° 85-15.735, *Bull.* 1987, IV, n° 168 ; Com., 18 mai 1982, pourvoi n° 81-10.827, *Bull.* 1982, IV, n° 184 ; Com., 7 décembre 1970, pourvoi n° 68-13.745, *Bull.* 1970, IV, n° 331), ou encore lorsqu'il s'agit, en matière de succession, d'apprécier l'appartenance d'un bien au patrimoine du défunt (Com.,

3 mars 1987, pourvoi n° 85-14.010, *Bull.* 1987, IV, n° 60 ; Com., 24 février 1970, pourvoi n° 67-13.712, *Bull.* 1970, IV, n° 74 ; Com., 18 novembre 1975, pourvoi n° 74-11.520, *Bull.* 1975, IV, n° 274), enfin, en ce qui concerne les visites domiciliaires des articles L. 16 B et L. 38 du livre des procédures fiscales, lorsque le juge des libertés et de la détention ou le premier président statuant en appel analysent les éléments d'information fournis par l'administration fiscale afin de démontrer la réalité des présomptions de fraude fiscale (position constante avant et après la réforme opérée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie : Com., 15 juin 2010, pourvoi n° 09-66.689 ; Com., 9 mars 2010, pourvoi n° 09-14.707, *Bull.* 2010, IV, n° 50 ; Com., 30 mai 2000, pourvoi n° 98-30.052, *Bull.* 2000, IV, n° 118 ; Com., 16 mai 2000, pourvoi n° 97-30.235, *Bull.* 2000, IV, n° 105 ; Com., 1er février 1994, pourvoi n° 92-20.020, *Bull.* 1994, IV, n° 50).

Section 7 – Droit du travail

Dans les contentieux du droit du travail, le pouvoir souverain des juges du fond s'applique aux constatations de fait, à l'appréciation de la valeur ou de la portée des éléments de preuve, à l'interprétation des actes juridiques comportant une ambiguïté.

Quelques exemples peuvent en être donnés :
– pouvoir souverain d'appréciation des éléments permettant d'étayer une demande en paiement d'heures supplémentaires (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 10-27.888, *Bull.* 2012, V, n° 221) ;
– pouvoir souverain d'appréciation des preuves en matière de travail dissimulé (Soc., 27 juin 2012, pourvoi n° 10-15.812) ;
– pouvoir souverain d'appréciation de la cause réelle et sérieuse de licenciement (Soc., 26 juin 2012, pourvoi n° 11-12.884) ;
– pouvoir souverain d'appréciation du champ professionnel couvert par une organisation syndicale (Soc., 20 juin 2012, pourvoi n° 11-22.182) ;
– pouvoir souverain de la délimitation du secteur d'activité du groupe dans lequel intervient une entreprise (Soc., 5 juin 2012, pourvoi n° 11-21.873) ;
– pouvoir souverain d'appréciation du caractère nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité du groupe dont relevait une entreprise d'une restructuration envisagée (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-27.786) ;
– interprétation nécessaire d'un contrat de travail (Soc., 13 juin 2012, pourvoi n° 11-12.152) ;
– interprétation nécessaire d'une lettre de licenciement (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-17.827) ;
– interprétation d'avis médicaux en matière d'inaptitude (Soc., 26 juin 2012, pourvoi n° 11-11.490) ;
– interprétation nécessaire de l'objet de la demande en justice formée par un salarié (Soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 10-21.690) ;
– interprétation nécessaire des statuts d'un syndicat, pour déterminer son champ géographique (Soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-60128).

Conformément au droit commun, ce pouvoir souverain cède si la décision attaquée n'est pas motivée ou statue par des motifs inopérants, si la juridiction du fond n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et, pour les actes juridiques,

si l'appréciation des juges du fond procède d'une dénaturation d'un document clair et précis dans ses termes :
– motifs inopérants en matière de licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 10-30.219, *Bull.* 2012, V, n° 217) ;
– motifs qui, par leur généralité, sont impropres à caractériser la menace pesant sur la compétitivité d'une entreprise (Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-13.493) ;
– décision de cour d'appel n'ayant pas tiré les conséquences légales de ses constatations quant à l'existence d'une modification d'un contrat de travail (Soc., 27 juin 2012, pourvoi n° 11-11.696) ;
– dénaturation d'un acte constitutif d'une promesse d'embauche (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-10.486) ;
– dénaturation d'un avis d'inaptitude (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-13.760) ;
– dénaturation du compte-rendu de l'entretien préalable au licenciement (Soc., 5 juin 2012, pourvoi n° 11-18.660) ;
– dénaturation de la demande en justice présentée par une partie ou du contenu de ses conclusions reprises oralement (Soc., 27 juin 2012, pourvoi n° 11-15.402 et Soc., 13 juin 2012, pourvoi n° 11-12.780).

Les contentieux du droit du travail comportent néanmoins quelques spécificités quant à l'étendue des contrôles opérés par la chambre sociale.

Deux exemples, pris dans les contentieux récurrents de la chambre, peuvent en être donnés :

– En cas de litige relatif à la faute grave imputée au salarié, la chambre sociale exerce un contrôle dit « léger » (exprimé dans les arrêts de rejet des pourvois par « a pu »), non seulement sur l'existence d'une faute, mais aussi sur la gravité de celle-ci, c'est-à-dire sur le point de savoir si cette faute est, ou non, de nature à rendre impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis : arrêt de rejet d'un pourvoi approuvant les juges du fond d'avoir considéré que le maintien d'un salarié dans l'entreprise n'était pas impossible (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-17.827) ; arrêt approuvant au contraire les juges du fond d'avoir estimé que la faute constatée rendait impossible le maintien du salarié dans l'entreprise (Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-19.540) ; cassation d'un arrêt ayant retenu l'existence d'une faute (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-13.923) ; cassation d'un arrêt ayant retenu le caractère de gravité de la faute constatée, la Cour de cassation considérant que cette faute ne justifiait pas la rupture immédiate du contrat de travail (Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-22.225).

– La prise d'acte est un mode de rupture du contrat de travail ouvert au salarié, la rupture produisant les effets, soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués contre l'employeur la justifient, soit dans le cas contraire d'une démission (Soc., 25 juin 2003, pourvoi n° 01-42.335, *Bull.* 2003, V, n° 209).

En principe, l'appréciation du caractère suffisamment grave du manquement commis par l'employeur relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (Soc., 16 novembre 2004, pourvoi n° 02-46.048, *Bull.* 2004, V, n° 287). La chambre sociale a toutefois considéré qu'elle ne pouvait s'en remettre à ce pouvoir souverain lorsque les juges du fond, tout en constatant une violation manifeste par l'employeur de règles fondamentales du droit du travail, estimaient néanmoins non fondée une prise d'acte.

D'où un contrôle exercé par la Cour dans un certain nombre d'hypothèses, notamment :
– en cas de modification unilatérale par l'employeur du contrat de travail (Soc., 10 décembre 2008, pourvoi n° 07-40.190) ;
– en cas de violation par l'employeur de son obligation de fournir le travail convenu (Soc., 3 novembre 2010, pourvoi n° 09-65.254, *Bull.* 2010, V, n° 252) ;
– en cas de manquement de l'employeur à son obligation de payer la rémunération convenue (Soc., 5 mai 2010, pourvoi n° 07-45.409, *Bull.* 2010, V, n° 102) ;
– en cas de manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat (Soc., 16 juin 2009, pourvoi n° 08-41.519, *Bull.* 2009, V, n° 147) ;
– en cas de faits de harcèlement commis par l'employeur (Soc., 3 février 2010, pourvoi n° 08-44.019, *Bull.* 2010, V, n° 30).

Dans ces différents cas, le contrôle de la Cour s'est exprimé par la cassation pour violation de la loi d'arrêts ayant qualifié la rupture par le salarié de démission, faute pour les juges du fond, qui avaient pourtant caractérisé les manquements imputables à l'employeur, d'avoir tiré les conséquences légales de leurs constatations.

Section 8 – Droit pénal

La chambre criminelle reconnaît au juge du fond un pouvoir souverain d'appréciation des éléments constitutifs de l'infraction dans des limites générales qu'il conviendra de présenter (§ 1). L'emploi par le législateur contemporain de notions de fait inédites pour définir l'élément matériel de l'infraction a renouvelé le champ du contrôle exercé sur le juge du fait (§ 2).

§ 1. Principes généraux gouvernant le contrôle

– Si l'on excepte du propos relatif au contrôle du fait les **manquements formels** et les **cas d'incompétence**, les arrêts de la chambre de l'instruction ainsi que les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de jugement ne peuvent être cassés que pour **violation de la loi**. Ils sont aussi déclarés nuls s'ils ne contiennent **pas de motifs** ou si leurs motifs sont insuffisants et ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été respectée dans le dispositif, ou encore s'il a été **omis ou refusé de prononcer** sur une demande des parties ou du ministère public.

Cette formulation issue des articles 591 et 593 du code de procédure pénale constitue le cadre légal du contrôle exercé par la chambre criminelle sur la preuve.

– Elle semble restreindre les cas d'ouverture du pourvoi criminel à la violation de la loi et au défaut ou à la contradiction de motifs, tandis que les chambres civiles, sociale et commerciale de la Cour de cassation interprètent l'article 604 du code de procédure civile de manière large, pour y inclure le défaut ou le manque de base légale, l'excès de pouvoir (voir cependant, pour illustrer l'ouverture prétorienne de ce cas devant la chambre criminelle : Crim., 28 novembre 1872, *D.P.* 1872, 1, p. 429 ; Crim., 17 mai 1907, *Bull. crim.* 1907, n° 239, p. 371 ; Crim., 24 mai 1960, pourvoi n° 59-92.222, *Bull. crim.* 1960, n° 280, p. 579), la dénaturation (voir cependant, pour illustrer l'ouverture prétorienne de ce cas devant la chambre criminelle : Crim., 24 mars 1969, pourvoi

n° 67-93.576, *Bull. crim*. 1969, n° 127, dénaturation d'un contrat pour qualifier un abus de confiance – en général, la dénaturation est analysée comme une contradiction ou une insuffisance de motivation, et sanctionnée comme telle : Crim., 12 décembre 1972, pourvoi n° 72-92.318, *Bull. crim*. 1972, n° 385).

Au demeurant, l'article L. 411-2 du code de l'organisation judiciaire s'applique identiquement à toutes les chambres de la Cour : elles ne connaissent pas du fond des affaires. La chambre criminelle est donc aux prises, comme les autres, avec la distinction du fait, défini comme ce qui est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond, et du droit, qui fonde le contrôle de cassation (voir, pour l'expression de ce principe, Crim., 21 mars 1990, pourvoi n° 88-84.011, *Bull. crim*. 1990, n° 125). La difficulté est même d'autant plus prégnante en matière pénale que les trois éléments d'une infraction sont intellectuellement indissociables – la « qualification », qui conjugue le fait et le droit, est la quintessence de l'œuvre répressive –, au point que, selon une formule consacrée, l'insuffisance de motifs ou leur contradiction équivaut à leur absence. En outre, le droit de la sanction est naturellement et entièrement d'ordre public, ce qui interdit pratiquement à la chambre criminelle d'adopter un contrôle dit « léger » (dont la formulation ordinaire par les chambres civiles tient dans l'expression « la cour d'appel a pu… »). Enfin la procédure criminelle tend à la manifestation de la vérité, là où le code de procédure civile cantonne le juge aux faits que les parties veulent bien mettre « dans la cause ».

Confrontée à ces particularités et à cette complexité, la chambre criminelle est amenée à développer tout à la fois des modalités rédactionnelles qui lui sont propres, et à démêler très attentivement le droit et le fait, afin de ne pas se laisser entraîner à jouer le rôle de troisième degré de juridiction. Statistiquement, cette vigilance peut être constatée : le taux de cassation est plus faible à la chambre criminelle (20 % en 2012, s'agissant des pourvois soutenus) que dans les autres formations de la Cour, ce qui pourrait faussement faire croire à une moindre exigence de la chambre criminelle sur la réunion des preuves contre le prévenu ou l'accusé.

– Mais naturellement, les trois éléments de l'infraction doivent être prouvés par le ministère public et identifiés dans la motivation des juges du fond qui condamnent un prévenu, à peine de cassation pour insuffisance de motifs (Crim., 30 octobre 1924, *D.H.* 1924, p. 653). La chambre criminelle contrôle ainsi l'interprétation qui est donnée de l'élément légal du crime ou du délit (en ce compris les traités internationaux). Elle a inversement allégé la preuve de l'élément intentionnel des infractions d'imprudence (Crim., 30 octobre 1995, pourvoi n° 94-83.386, *Bull. crim*. 1995, n° 335 : la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'un règlement implique l'intention coupable).

De même, les demandes indemnitaires présentées aux juges du fond ne sont laissées à leur appréciation que moyennant une motivation suffisante et non contradictoire (Crim., 3 juin 1935, *D.P.* 1935, 1, p. 118 ; Crim., 14 juin 1990, pourvoi n° 89-85.246, *Bull. crim*. 1990, n° 243), qui portera sur la preuve du fait générateur, celle du préjudice et celle du lien de causalité entre les deux.

Mais c'est dans la détermination des conséquences juridiques de l'élément matériel de l'infraction que le contrôle de la Cour de cassation sur les faits s'exerce avec le plus de précautions : la preuve pénale, comme il a été dit, entre dans le carcan d'une qualification.

C'est ainsi que la chambre criminelle abandonne à l'appréciation des juges du fond, la constatation même des faits : elle n'en recherche aucun dans les pièces de la procédure, qui ne figurerait pas dans la décision attaquée ; tout moyen de cassation qui l'inviterait à le faire serait nouveau et mélangé de fait.

Identiquement, la chambre criminelle n'évalue pas les charges dont une juridiction affirme l'existence (Crim., 5 avril 1965, pourvoi n° 64-93.432, *Bull. crim*. 1965, n° 112 ; pour l'exception relative aux délits de presse : Crim., 3 juillet 1996, pourvoi n° 94-82.647, *Bull. crim*. 1996, n° 283, arrêt n° 1). Tout moyen de cassation qui l'inviterait à le faire serait un moyen de pur fait, auquel il serait répondu par une formule lapidaire (les prémisses sont fixées par Crim., 12 juillet 1994, *JCP* 1994, IV, 2434).

– Mais si les constatations sont inattaquables devant la Cour de cassation, de même que la conviction du juge, la qualification que les juges du fond ont donnée à ces constatations ou ont refusé de leur donner, ainsi que les conséquences qui peuvent être tirées de ces constatations, sont contrôlées. Selon une formule qui reste applicable depuis plusieurs décennies, l'appréciation des faits par les juges du fond n'est souveraine qu'autant qu'elle n'est pas en contradiction avec les faits constatés par la décision elle-même (Crim., 6 juin 1946, *D*. 1946, p. 306).

La cassation, si elle intervient, peut alors être prononcée pour violation de la loi (« Caractérise – ou constitue – l'infraction ou le délit ou le crime de… ou tel élément matériel (surprise, contrainte, manœuvre…) le fait de… » ; « Entre dans les prévisions de l'article… le fait de… » ; « Se rend coupable de… celui qui… »). Elle peut aussi intervenir pour manque de base légale, cas d'ouverture prétorien réservé à cette hypothèse d'erreur de qualification et comme tel différent ce que les chambres civiles y intègrent (« sans rechercher si »).

On trouve des illustrations innombrables de la détermination du niveau de contrôle de la chambre criminelle sur l'appréciation du fait par les juges du fond. Mais ce rapport, consacré à la preuve, n'est pas le lieu de décrire les évolutions de droit pénal spécial que promeut la chambre criminelle.

§ 2. Application particulière aux standards

– Le débat sur la preuve des faits, et le contrôle de cassation qui s'exerce sur ce plan, se sont trouvés renouvelés par l'irruption dans le droit français de concepts, généralement dénommés standards, qui s'intègrent à la qualification de l'infraction, mais dont l'interprétation dépend beaucoup du contexte et du déroulement des faits. Il importe peu ici de retracer l'histoire ou l'origine de ces concepts. Il est en revanche certain que la chambre criminelle est amenée à s'y confronter.

Certains de ces standards ont un sens juridique anciennement acquis (admissibilité, antériorité, connexité, défectuosité, impartialité, légitimité, délai raisonnable, erreur manifeste…) ou sont décidément insusceptibles d'acquérir une telle dimension (anormal, adéquat, comparable, compatible, gravité, opportun, suffisant…), de sorte qu'il n'est possible, dans aucun des deux cas, de retracer ici la jurisprudence qui s'y serait attachée et d'en déduire comment et sous quelles conditions les juges doivent apprécier les preuves rapportées par le ministère public.

D'autres termes de droit pénal contemporain ont pu retenir de manière pertinente l'attention actuelle de la chambre criminelle. On en choisira trois exemples (l'insalubrité, la dangerosité, la vulnérabilité), pour examiner comment la chambre criminelle a pu exercer son contrôle sans empiéter sur le domaine de l'appréciation souveraine des juges du fond.

– L'insalubrité est un terme utilisé par le législateur, parfois depuis très longtemps (voir la loi du 19 décembre 1917 relative aux établissements dangereux, insalubres ou incommodes, abrogée par la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées par la protection de l'environnement (ICPE), codifiée au livre V du code de l'environnement) pour réprimer des situations très diverses : exploitation d'un établissement d'abattage, de traitement, transformation, stockage, exposition, mise en vente ou vente de denrées animales ou d'origine animale, dans des conditions créant un risque d'insalubrité (articles R. 237-2, R. 231-22 du code rural et de la pêche maritime) – la loi de 1917 visait quant à elle, sans plus de précision, « tous établissements industriels ou commerciaux qui présentent des causes de danger ou des inconvénients soit pour la sécurité, la salubrité ou la commodité du voisinage, soit pour la santé publique, soit encore pour l'agriculture ».

Si l'on excepte les arrêts dans lesquels la chambre criminelle sanctionne des manquements formels (voir Crim., 9 mai 1974, pourvoi n° 73-93.563, *Bull. crim*. 1974, n° 169 ; Crim., 15 juin 2010, pourvoi n° 09-85.715), il reste à signaler un arrêt du 13 novembre 2007 (Crim., 13 novembre 2007, pourvoi n° 07-81.977) laissant l'appréciation de l'insalubrité au juge du fond : « Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure que, le 12 août 2004, un enquêteur de la direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes a constaté que la température à cœur de diverses denrées alimentaires exposées à la vente, au rayon « traiteur » d'un hypermarché Leclerc, excédait la limite autorisée et a relevé 252 contraventions à la réglementation de l'hygiène des aliments ; que Marc X…, chef de magasin, a été condamné par le tribunal de police à 252 amendes de dix euros ; Attendu que, pour écarter l'argumentation du prévenu et le déclarer coupable, l'arrêt retient, d'une part, qu'un contrôle portant sur certains produits d'un rayon permet d'établir, lorsqu'il indique un degré de température largement supérieur à celui requis, que la température de l'ensemble des produits du même rayon excède le maximum autorisé, d'autre part, que la délégation de pouvoirs donnée au responsable du rayon « traiteur », qui s'applique en matière de "propreté, étiquetage, date limite de vente, prix, commandes de produits conformes, poids et mesures", ne peut être substituée à celle dont Marc X… est titulaire, qui a pour objet "toute la réglementation des consignes d'hygiène et de sécurité sur le rayon en cause et notamment la répression des fraudes" ; Attendu qu'en l'état de ces énonciations, qui procèdent de son pouvoir souverain d'appréciation, la cour d'appel a justifié sa décision ; ».

– La dangerosité n'est pas abordée ici dans son acception criminologique mais comme élément constitutif de certaines incriminations relevant de la prévention des risques. De ce point de vue, le législateur confie parfois au règlement le soin de donner assez de précision sur la dangerosité : par exemple, en ce qui concerne les chiens dangereux, les races de chiens concernées, dont une liste ministérielle est tenue à jour (articles L. 215-1, L. 211-13 et L. 211-12 du code rural et de la pêche maritime) ou, s'agissant des transports par route de matières dangereuses, les types de matières listées par

arrêté ministériel (articles L. 211-15 § I, L. 215-2 et L. 211-12 du code rural et de la pêche maritime).

Dans d'autres hypothèses, le législateur guide le juge par une indication complémentaire : par exemple, la nature de l'information s'agissant de la communication ou de la divulgation d'une fausse information dans le but de faire croire qu'une destruction, dégradation, détérioration dangereuse pour les personnes allait être commise ou avait été commise, (article 322-14, alinéa 1, du code pénal – qualification comparable pour les menaces : article 322-12 du code pénal).

Mais il arrive que la loi laisse le juge décider lui-même ce qui est ou n'est pas dangereux, par exemple, avoir trompé un contractant sur les risques inhérents à l'utilisation de l'objet du contrat, cette tromperie ayant eu pour conséquence de rendre l'utilisation de la marchandise dangereuse pour la santé de l'homme ou de l'animal (articles L. 213-2 1° et L. 213-1 du code de la consommation) ; implanté une enseigne de nature à réduire la visibilité ou l'efficacité des signaux réglementaires, éblouir les usagers des voies publiques, solliciter leur attention dans des conditions dangereuses pour la sécurité routière (article R. 418-4 du code de la route) ; volontairement détruit un bien par l'effet d'une substance explosive, par un incendie, par un moyen de nature à créer un danger pour les personnes (article 322-6, alinéa 1, du code pénal). Il en est de même dans le cas des articles 121-3 et 223-1 du code pénal, ce dernier punissant les risques causés à autrui qui, pour ne pas utiliser le mot « danger », y est néanmoins relatif (pour l'étude détaillée de ces deux textes, voir *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2011, p. 287 et s.).

Dans ces hypothèses, la chambre criminelle sanctionnerait une motivation insuffisante ou contradictoire. S'agissant de vérifier la réunion des éléments constitutifs d'une infraction, cette position de la chambre ne peut être assimilée à ce que la doctrine dénomme un « contrôle allégé ». On en trouve d'innombrables exemples (parmi lesquels, Crim., 6 septembre 2005, pourvoi n° 04-87.778, *Bull. crim*. 2005, n° 218, qui retient que justifie sa décision au regard de l'article 121-3 du code pénal la cour d'appel qui, pour déclarer un instituteur coupable d'homicide involontaire à la suite du décès de l'une de ses élèves, victime d'une chute de la fenêtre du deuxième étage de la classe sur laquelle elle s'était placée à son insu, retient que, connaissant la dangerosité de la situation résultant de l'ouverture des fenêtres pour les enfants, il n'a pas pris à leur arrivée dans la classe les mesures de fermeture permettant d'éviter le dommage et a ainsi commis une faute caractérisée exposant les élèves à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer).

– La vulnérabilité est la plus récemment apparue des trois notions ici évoquées. Elle s'est néanmoins répandue abondamment et rapidement dans la législation criminelle contemporaine : violences sur personne vulnérable (articles 222-1 à 222-14 du code pénal) ; vol d'une personne vulnérable (article 311-5 du code pénal) ; escroquerie (article 313-2 du code pénal) ; recel de vol ou recel d'escroquerie (article 321-1 du code pénal) ; abus de faiblesse (articles 223-15-2, alinéa 1, 223-15-3, 225-16-1 et 225-16-2 du code pénal) ; atteintes sexuelles (articles 222-29 et 222-30 du code pénal).

Peut-être ce caractère plus nouveau et plus fréquent du concept de vulnérabilité, par rapport à d'autres ici évoqués, conduit-il la chambre criminelle à une certaine vigilance : les juges du fond ne doivent ni accorder sans motifs suffisamment précis à une victime le statut de vulnérabilité, qui conduit à renforcer considérablement la répression ; ni

conduire ces mêmes juges à stériliser la volonté du législateur de créer cette catégorie de victimes privilégiées.

La jurisprudence donne déjà de très nombreux exemples de ce balancement, caractéristique de l'éclairage que la chambre criminelle veut donner aux notions nouvelles.

Il a ainsi été jugé (Crim., 11 février 1998, pourvoi n° 96-84.997, *Bull. crim*. 1998, n° 53) que l'étranger en situation irrégulière, contraint d'accepter pour travailler un logement insalubre, est une personne « vulnérable ou dépendante » au sens de l'article 225-14 du code pénal. De même (Crim., 8 juin 2010, pourvoi n° 10-82.039, *Bull. crim*. 2010, n° 102), prononce par des motifs insuffisants l'arrêt qui, pour mettre en accusation devant la cour d'assises du chef de viol commis sur une personne particulièrement vulnérable, en raison de son âge de soixante-dix ans, apparent ou connu de l'auteur du crime, ne précise pas en quoi un tel âge mettait la victime dans une situation de particulière vulnérabilité (dans le même sens, Crim., 23 juin 1999, pourvoi n° 98-84.158, *Bull. crim*. 1999, n° 152 : doit être cassé l'arrêt qui, pour condamner du chef d'association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement, retient que l'infraction préparée était une extorsion commise au préjudice d'une personne particulièrement vulnérable, en raison de son âge de soixante-quatre ans, sans préciser en quoi un tel âge mettait la victime dans une situation de particulière vulnérabilité). Parallèlement (Crim., 23 avril 2003, pourvoi n° 02-82.971, *Bull. crim*. 2003, n° 85), ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article 225-14 du code pénal, l'arrêt qui, pour relaxer la prévenue poursuivie pour avoir, en abusant de leur situation de dépendance, soumis plusieurs salariés d'un magasin dont elle était directrice à des conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine, retient que, ceux-ci étant de nationalité française et titulaires d'un contrat de travail, ne sauraient se trouver en situation de dépendance ou de vulnérabilité vis-à-vis de leur employeur. Prononce par des motifs contradictoires le même arrêt qui, après avoir constaté que la prévenue aurait fait subir à certains salariés des violences, brimades, injures et autres vexations, énonce que ces violences physiques et morales, si elles témoignent d'un comportement critiquable à l'égard de ceux-ci, ne caractérisent pas une atteinte à la dignité humaine mais relèvent plutôt d'un mode paternaliste de gestion ; caractérise (Crim., 8 juin 1994, pourvoi n° 94-81.376, *Bull. crim*. 1994, n° 226) au regard tant de l'article 332 de l'ancien code pénal que des articles 222-23 et 222-24 du nouveau code pénal, le crime de viol aggravé par la particulière vulnérabilité de la victime et l'abus d'autorité de l'auteur, la chambre d'accusation qui relève que l'inculpé, infirmier en service de nuit, a imposé un acte de pénétration sexuelle à une malade de l'hôpital en complet désarroi pour être atteinte de psychonévrose dépressive et obsessionnelle grave, exclusive d'une attitude incitative et d'une participation active aux violences perpétrées sur elle.

– C'est naturellement à travers l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité qui lui sont transmises par les juges du fond ou soumises par les avocats aux Conseils, que la chambre criminelle a pu aussi se familiariser avec des standards, anciens dans le droit constitutionnel voire européen, mais tout à fait nouveaux pour elle.

Il en est ainsi lorsque la chambre doit s'interroger sur le sens et la portée des articles 5 et 7 à 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; ce sont précisément des textes qui influent de manière très directe sur la procédure pénale, sur le droit pénal général et sur le droit pénal spécial.

Ainsi en a-t-il été des concepts de nécessité (d'une loi, d'une incrimination) ; de proportionnalité (d'une sanction) ; d'accessibilité, d'intelligibilité, de prévisibilité, de clarté et de précision de la loi pénale ; de sécurité juridique ; et même de « normativité » (ou légalité) de la loi.

Mais la question de la preuve est alors assez éloignée : si le libellé de la question prioritaire de constitutionnalité doit être suffisamment précis pour constituer un grief plausible et vérifiable par la Cour de cassation, celle-ci ne requiert certes pas des demandeurs à la question la « preuve » de l'inconstitutionnalité.

D'autres encore de ces mots nouveaux (acceptable, accessible, durable, adéquat…) pénètrent le droit positif, ou se développeront en droit supra-légal (constitutionnel, communautaire, européen des droits de l'homme), en sorte que la chambre criminelle exercera longtemps encore une forme de contrôle plutôt novatrice.

Chapitre 2 – Dénaturation

Après avoir brièvement exposé la notion de dénaturation (section 1), il conviendra de préciser un aspect d'ordre technique voire rédactionnel de ce cas d'ouverture à cassation d'origine prétorienne, à savoir le visa (section 2).

Section 1 – Notion de dénaturation

Le contrôle exercé par la Cour de cassation aux fins de déterminer l'éventuelle dénaturation commise par le juge du fond marque assurément une limite visible au pouvoir souverain d'appréciation des faits reconnu à celui-ci. Normalement amené à interpréter – souverainement – les actes (*lato sensu* : contrats, actes unilatéraux, lettre missive, témoignage, conclusions…), le juge du fond doit, en effet, se garder des interprétations dites « dénaturantes », qui méconnaissent la lettre claire des actes. On se doute que le grief de dénaturation, assez fréquemment agité dans les pourvois (parce qu'il est finalement le seul moyen de revenir, en cause de cassation, sur l'exercice par le juge du fond de son pouvoir souverain), ne se nourrit pas d'interprétations caricaturalement déformantes de lettres absolument claires ; il oblige le plus souvent le juge de cassation à se demander, en premier lieu, si la lettre de l'acte est aussi claire que prétendu par l'auteur du pourvoi et, dans l'affirmative, en second lieu, si le juge du fond l'a, sous couvert d'interprétation, altérée au point de la dénaturer.

Le grief de dénaturation sera retenu si le juge du fond a, pour se prononcer, fait d'un écrit une lecture contraire aux termes clairs et précis qu'il contient.

Dans l'hypothèse inverse d'un document obscur ou ambigu, appelant une nécessaire interprétation, le sens et la portée de cette pièce sont laissés au libre arbitre des juges, quand bien même la Cour de cassation n'approuverait pas la solution, toute interprétation, en dehors de la loi, étant par nature souveraine.

Le contrôle de la Cour de cassation, qui remonte à un arrêt du 15 avril 1872 (arrêt Veuve Foucauld et Coulombe c. Pringault, Civ., 15 avril 1872, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, 12e éd., 2008,

n° 161, p. 156), s'étend à la fois aux documents probatoires (voir, pour une application récente, 1re Civ., 5 avril 2012, pourvoi n° 10-24.991 : attestations), aux actes contractuels, aux écritures des parties et aux décisions de justice.

Cette technique de contrôle est classiquement mise en œuvre par les chambres civiles. En droit pénal, il n'est qu'une hypothèse dans laquelle la chambre criminelle examine de près les modalités de constatation du fait par les juges du fond : les cas (rares) où la dénaturation est admise comme elle peut l'être par les autres chambres de la Cour de cassation (Crim., 24 mars 1969, pourvoi n° 67-93.576, *Bull. crim*. 1969, n° 127, p. 312 : dénaturation d'un contrat pour qualifier un abus de confiance – en général, la dénaturation est analysée comme une contradiction ou une insuffisance de motivation, et sanctionnée comme telle : Crim., 24 mai 1945, *Bull. crim*. 1945, n° 58, p. 80).

Section 2 – Visa

La dénaturation pose quelques difficultés de visas. La deuxième chambre civile notamment, a pu réserver le visa de l'article 1134 du code civil à la seule dénaturation des actes juridiques (voir, par exemple, 2e Civ., 18 novembre 2010, pourvoi n° 09-13.265, *Bull*. 2010, II, n° 188), dans le sillage de l'arrêt Veuve Foucauld et Coulombe c. Pringault (Civ., 15 avril 1872, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, 12e éd., 2008, n° 160, p. 156) ayant fondé le contrôle de la dénaturation par la Cour de cassation, tempérant le célèbre arrêt Lubert c. Wancareghem (Cass., sect. réun., 2 février 1808, H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, tome 2, Dalloz, 12e éd., 2008, n° 160, p. 153), dont résulte le pouvoir souverain des juges du fond pour interpréter les contrats.

Si ce sont les écritures des parties qui ont été dénaturées, l'article 4 du code de procédure civile est plus volontiers visé puisque la détermination de l'objet est *a priori* en cause (2e Civ., 30 avril 2009, pourvoi n° 07-15.582, *Bull*. 2009, II, n° 108).

Lorsque le document dénaturé n'est ni un contrat ni un jeu de conclusions, les visas habituels peuvent apparaître inadaptés. Il est arrivé dans ce cas que la deuxième chambre civile vise un principe général, « l'obligation faite au juge de ne pas dénaturer les documents de la cause » (2e Civ., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-19.270 ; 2e Civ., 29 mars 2012, pourvoi n° 11-14.661 ; 2e Civ., 15 septembre 2011, pourvoi n° 10-19.694). Cette position est également celle de la chambre sociale (Soc., 13 mars 2012, pourvoi n° 10-27.708).

Comme les autres chambres civiles, et sans adopter de position spécifique, la chambre commerciale censure régulièrement les juridictions du fond, sur le fondement soit de l'article 4 du code de procédure civile, soit de l'article 1134 du code civil, lorsqu'elles ont procédé à une dénaturation des écritures des parties (Com., 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-18.989, *Bull*. 2011, IV, n° 165), des conclusions d'un rapport d'expertise (Com., 19 juin 2012, pourvoi n° 11-13.176, *Bull*. 2012, IV, n° 132), des contrats et conventions dont les clauses claires n'avaient pas à être interprétées (Com., 24 mai 2011, pourvoi n° 10-24.869, *Bull*. 2011, IV, n° 80).

PARTIE 2 – CHARGE DE LA PREUVE

Lorsque les preuves apportées ne sont pas suffisantes et comme le juge doit néanmoins trancher le litige, il convient de déterminer la partie qui devra succomber dans ses prétentions. Il s'agira de celle qui, selon une expression classique, supporte la charge ou le fardeau de la preuve.

En effet, « lorsque la conviction du juge est établie, dans un sens ou dans l'autre, il est, en somme, indifférent de savoir à laquelle des deux parties incombait la tâche de la provoquer. Mais quand la balance reste en suspens, quand la vérité, même cette vérité restreinte que permet la procédure, ne peut être découverte, c'est alors qu'il importe de déterminer sur qui pèse le fardeau de la preuve. Comme le juge n'a pas (ou n'a plus en Droit moderne) la ressource de renoncer à prendre parti et qu'il doit, dès lors, toujours se prononcer pour l'une et contre l'autre des parties, la carence de celle qui se trouve sous le coup de cette charge suffit à entraîner une décision favorable à son adversaire » (H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, rééd. [en fac-sim.], Dalloz, 2002, n° 117).

Cette partie, qui éprouve un intérêt renforcé à la manifestation de la vérité, peut être désignée par le jeu de présomptions (titre 1) ou par les règles de fond applicables au litige (titre 2).

TITRE 1 – PRÉSOMPTIONS LÉGALES ET PRÉTORIENNES

Selon le code civil, les présomptions sont les conséquences que la loi ou le juge tirent d'un fait connu à un fait inconnu (article 1349 du code civil). La doctrine a identifié une seconde catégorie de présomptions, les présomptions « antéjudiciaires » qui correspondent aux faits que le juge doit tenir pour acquis avant tout litige. Ainsi, il est de principe en droit que la bonne foi se présume et il n'est point question ici de déduire un fait inconnu d'un fait connu. Ainsi que l'écrivait le professeur Chevalier, « Entre les deux propositions contraires relativement au fait à prouver, [la présomption antéjudiciaire] indique *a priori* celle qui devra être prouvée de telle manière que l'autre sera retenue comme motif de décision si la preuve n'est pas faite ou est insuffisante, et comme ce choix est nécessairement préalable à l'examen de la preuve et, si j'ose dire, à son mécanisme, elle ne comporte par elle-même et à elle seule aucune indication sur le déroulement ultérieur de la preuve soit quant à la décomposition du fait à prouver soit quant aux moyens qui seront recevables pour faire la preuve » (J. Chevalier, *La Charge de la preuve. Cours de droit civil approfondi*, les Cours de droit, 1958-1959, p. 219).

Ainsi, la présomption permet à celui qui a à prouver de s'acquitter de son obligation dans le procès en prouvant autre chose, plus simple à établir, ou même en étant dispensé d'une partie de cette obligation.

Parmi les fondements des présomptions se trouve notamment la difficulté qu'il y aurait, pour l'une des parties, à rapporter la preuve nécessaire au succès de ses prétentions

selon les règles générales de dévolution du fardeau de la preuve, un souci d'effectivité du droit, ou encore la vraisemblance statistique du déplacement ainsi opéré de l'objet de la preuve.

Il s'agit le plus souvent de présomptions simples, qui préservent le droit de l'autre partie à rapporter la preuve contraire.

Elles trouvent leur source dans la loi (chapitre 1) ou dans la jurisprudence (chapitre 2), étant observé que, dans le premier cas, la jurisprudence est elle-même appelée à interpréter les présomptions légales et à en préciser le contenu, la portée et les limites.

Chapitre 1 – Présomptions légales

La technique des présomptions existe dans toutes les branches du droit qu'il s'agisse de la matière civile et commerciale (section 1), du droit fiscal (section 2), du droit social (section 3) ou de la matière pénale et douanière (section 4).

Section 1 – En matière civile et commerciale

Parmi les multiples présomptions pouvant être trouvées en cette large catégorie, celles portant sur la fraude s'agissant de l'acquisition de la nationalité par mariage (§ 1), de profit de la communauté en cas d'encaissement de fonds propres (§ 2), de titularité des droits d'auteur de l'exploitant (§ 3), de licéité de la cause (§ 4), de « pas-de-porte » s'agissant des baux ruraux (§ 5) ou, enfin, de responsabilité du transporteur (§ 6), méritent quelques développements particuliers.

§ 1. Présomption de fraude en matière d'acquisition de nationalité par mariage

L'article 21-2 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, prévoit l'acquisition par déclaration de la nationalité française, après un délai de quatre ans à compter du mariage, pour l'étranger ou l'apatride ayant contracté mariage avec un conjoint de nationalité française, à condition qu'à la date de cette déclaration la communauté de vie n'ait pas cessé entre les époux et que le conjoint ait conservé sa nationalité.

La loi n° 93-933 du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité a modifié la rédaction de l'article 107 du code de la nationalité et l'a intégré dans le code civil, à l'article 26-4, en prévoyant que l'enregistrement de la déclaration peut être contesté par le ministère public en cas de mensonge ou de fraude dans le délai de deux ans à compter de leur découverte. La loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, va renforcer les moyens de lutte contre les fraudes en matière de nationalité en insérant un deuxième alinéa à l'article 26-4. Le dernier alinéa est resté inchangé : « La cessation de la communauté de vie entre les époux dans les douze mois suivant l'enregistrement de la déclaration prévue à l'article 21-2 constitue une présomption de fraude. »

A. Détermination de la date de la découverte de la fraude

Le mariage n'a pas d'effet sur la nationalité d'une personne de nationalité étrangère. Cependant, il donne au conjoint étranger d'une personne de nationalité française la faculté de réclamer cette même nationalité, par déclaration. Le ministère public peut agir en annulation de l'enregistrement de la déclaration dans un délai de deux ans, le point de départ de cette action étant « flottant » puisqu'il commence à courir à compter de la découverte du mensonge ou de la fraude.

Par trois arrêts rendus le même jour, la Cour de cassation a jugé que « seul le ministère public pouvant agir en annulation de l'enregistrement pour fraude, c'est à compter de la date à laquelle celui-ci l'a découverte que court le délai biennal d'exercice de cette action ». Ainsi, la première chambre civile a jugé que ne donnent pas de base légale à leurs décisions les juges du fond qui retiennent que la prescription de l'article 26-4 courait à compter de la date à laquelle le service central de l'état civil de Nantes avait été informé de la fraude par une lettre du consul général de France à Casablanca (1re Civ., 28 mars 2012, pourvoi no 11-30.071, *Bull*. 2012, I, no 76), de celle où le ministère des affaires étrangères en avait eu connaissance (1re Civ., 28 mars 2012, pourvoi no 11-30.136, *Bull.* 2012, I, no 76), ou encore de celle où le ministère des naturalisations l'avait découverte (1re Civ., 28 mars 2012, pourvoi no 11-30.196, *Bull.* 2012, I, no 76).

Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, la détermination de la date à laquelle le ministère public a eu connaissance du mensonge ou de la fraude relève du pouvoir souverain des juges du fond (1re Civ., 20 novembre 2001, pourvoi no 99-18.898 ; 1re Civ., 27 novembre 2001, pourvoi no 00-12.862 ; 1re Civ., 18 mai 2005, pourvoi no 03-19.402, *Bull.* 2005, I, no 219 ; 1re Civ., 28 février 2006, pourvoi no 05-11.330, *Bull*. 2006, I, no 124 ; 1re Civ., 14 novembre 2006, pourvoi no 04-15.936, *Bull.* 2006, I, no 483 ; 1re Civ., 28 septembre 2011, pourvoi no 10-21.005).

Ainsi, les arrêts du 18 mai 2005 (pourvoi no 03-19.402, *Bull.* 2005, I, no 219) et du 28 février 2006 (pourvoi no 05-11.330, *Bull*. 2006, I, no 124) rejettent les pourvois contre des arrêts qui ont déclaré prescrite l'action du ministère public en prenant en compte comme point de départ de la connaissance de la fraude celle de la transcription du divorce sur les actes d'état civil. Le premier de ces arrêts a été approuvé par la doctrine (*RCDIP* 2005, p. 607, note P. Lagarde) et le professeur Lagarde (*Nationalité française*, Dalloz, 4e éd., 2011, p. 271, no 52-81) écrit qu'« il est logique de réputer le ministère public avoir eu connaissance de la cessation de la communauté de vie dès la transcription à l'état civil du jugement de divorce ». Il estime, cependant, contestable de considérer que le ministère public n'a eu connaissance de la fraude que deux ans après la transcription du jugement de divorce, à l'occasion d'un courrier du tribunal d'instance. Dans cette autre affaire (1re Civ., 19 novembre 2008, pourvoi no 08-10.077), la Cour a rejeté le pourvoi contre l'arrêt qui a retenu que « le ministère public avait pu légitimement ignorer la situation particulière » du conjoint ayant souscrit la déclaration de nationalité française.

B. Présomption de fraude

L'article 26-4 du code civil instaure une présomption de fraude lorsque la cessation de la communauté de vie entre les époux intervient dans les douze mois suivant

l'enregistrement de la déclaration. Cette présomption de fraude constitue un renversement de la charge de la preuve.

L'articulation entre la découverte de la fraude et la présomption de fraude instaurée menace la situation des conjoints dont la déclaration de nationalité a été enregistrée, en les maintenant dans l'incertitude quant à leur nationalité, et en leur imposant d'établir à tout moment qu'à la date de sa déclaration acquisitive, la communauté de vie entre les époux persistait.

Saisi par arrêt de la première chambre de la Cour de cassation du 18 janvier 2012 (QPC n° 11-40.091), le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la conformité au droit au respect de la vie privée et aux droits de la défense des articles 21-2 et 26-4 du code civil, concluant, par décision du 30 mars 2012 (Cons. const., 30 mars 2012, décision n° 2012-227 QPC, M. Omar S [conditions de contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité française]), à la constitutionnalité de ces dispositions, tout en émettant une réserve d'interprétation quant à l'application de la seconde phrase de l'alinéa 3 de l'article 26-4.

Le Conseil constitutionnel relève tout d'abord « que la présomption instituée par l'article 26-4 en cas de cessation de la communauté de vie entre les époux dans les douze mois suivant l'enregistrement de la déclaration est destinée à faire obstacle à l'acquisition de la nationalité par des moyens frauduleux tout en protégeant le mariage contre un détournement des fins de l'union matrimoniale ; que, compte tenu des objectifs d'intérêt général qu'il s'est assignés, le législateur, en instituant cette présomption, n'a pas opéré une conciliation qui soit déséquilibrée entre les exigences de la sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée » (considérant 9).

Examinant la conformité de l'article 26-4 aux droits de la défense, le Conseil émet ensuite la réserve suivante : « Considérant que, par suite, la présomption prévue par la seconde phrase du troisième alinéa de l'article 26-4 ne saurait s'appliquer que dans les instances engagées dans les deux années de la date de l'enregistrement de la déclaration ; que, dans les instances engagées postérieurement, il appartient au ministère public de rapporter la preuve du mensonge ou de la fraude invoqué ; que, sous cette réserve, l'article 26-4 du code civil ne méconnaît pas le respect des droits de la défense » (considérant 14).

§ 2. Présomption de profit de la communauté en cas d'encaissement de fonds propres ou provenant d'un propre

Selon l'article 1433 du code civil, « la communauté doit récompense à l'époux propriétaire toutes les fois qu'elle a tiré profit des biens propres [de cet époux]. Il en est ainsi, notamment, quand elle a encaissé des deniers propres ou provenant de la vente d'un propre, sans qu'il en ait été fait emploi ou remploi. Si une contestation est élevée, la preuve que la communauté a tiré profit de biens propres peut être administrée par tous les moyens, même par témoignages et présomptions ».

Le mécanisme des récompenses est le procédé technique destiné à maintenir l'équilibre des patrimoines propres des époux et du patrimoine commun et à éviter que la masse de biens commune ne se trouve, au moment du partage, diminuée (ou augmentée) au profit (ou au détriment) du patrimoine propre des époux.

Sous un régime de communauté, de fréquents transferts de valeurs se produisent entre les différents patrimoines et, en particulier, des deniers provenant du patrimoine propre d'un époux peuvent servir à payer des dettes communes ou à acquérir ou améliorer des biens communs.

Si les dispositions de l'article 1433 du code civil paraissent faciliter la preuve des récompenses, celle-ci peut se révéler difficile à rapporter, le compte des récompenses n'étant établi que lors des opérations de liquidation et de partage de la communauté, plusieurs années après les mouvements de fonds, alors que les époux n'ont pas songé à tenir entre eux une comptabilité détaillée.

Préalablement, il incombe à l'époux demandeur d'une récompense de prouver le caractère propre des deniers dont la communauté aurait profité (par exemple, des deniers provenant de l'aliénation d'un bien et qui n'ont pas donné lieu à remploi, deniers échus à titre de libéralité ou de succession, une indemnité versée par une compagnie d'assurances) puisque la présomption de communauté édictée par l'article 1402, alinéa 1er, du code civil a pour conséquence de faire peser sur l'époux la charge de la preuve du caractère propre d'un bien (1re Civ., 1er décembre 1987, pourvoi no 85-15.260, *Bull.* 1987, I, no 315).

Le caractère propre des deniers étant établi, il appartient à l'époux de prouver, non seulement qu'il s'est appauvri, mais que la communauté s'est enrichie au détriment de son patrimoine.

En effet, dès lors qu'il n'existe aucune présomption selon laquelle la communauté aurait tiré profit de l'appauvrissement du patrimoine propre d'un époux, la seule circonstance que cet époux ait perçu des fonds propres, au cours du régime, sans en avoir fait d'emploi, ou, qu'au jour de la dissolution du régime, ses biens propres ne se retrouvent plus dans son patrimoine, est insuffisante à fonder un droit à récompense (1re Civ., 1er décembre 1981, pourvoi no 80-15.682, *Bull.* 1981, I, no 359 ; 1re Civ., 2 décembre 1997, pourvoi no 96-14.392, *Bull.* 1997, I, no 335 ; 1re Civ., 10 février 1998, pourvoi no 94-20.388, *Bull.* 1998, I, no 48 ; 1re Civ., 19 septembre 2007, pourvoi no 06-20.132).

Après avoir posé le principe que la communauté doit récompense chaque fois qu'elle a tiré profit des biens propres d'un époux, l'article 1433 du code civil en fait une application dans l'hypothèse où la communauté a encaissé des deniers propres ou provenant de l'aliénation d'un bien propre dont le prix n'a pas été employé ou remployé.

Comme il a déjà été dit (partie 1, titre 2, chapitre 1, section 1, § 2), « le sens du mot encaissement peut prêter à discussion » (G. Champenois, *Defrénois* 1997, no 174, p. 1442, obs. sous 1re Civ., 17 décembre 1996, pourvoi no 95-11.929, *Bull.* 1996, I, no 451), certains auteurs soulignant même son caractère équivoque, inapproprié, sinon inexact (F. Terré, P. Simler, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 6e éd., 2011, no 653 ; M. Colomer, *Les Régimes matrimoniaux*, Litec, 12e éd., 2005, no 955).

Cette référence à l'encaissement paraît anachronique parce qu'en introduisant le nouvel article 1433 du code civil, le législateur de 1965 a entendu reprendre la pratique notariale et la jurisprudence antérieures concernant l'ancienne communauté légale de meubles et acquêts.

Or, avant l'entrée en vigueur de la loi no 65-570 du 13 juillet 1965, « la communauté devenait propriétaire sauf récompense de tous les deniers perçus par les époux

ou pour leur compte pendant le mariage pour quelque cause que ce fût » (1re Civ., 14 mars 1972, pourvoi no 70-12.138, *Bull.* 1972, I, no 81). En effet, la communauté avait la jouissance des biens propres des époux. La perception du prix par le mari, administrateur de la communauté, des deniers provenus de la vente d'un bien propre pouvait valoir appauvrissement du patrimoine propre et enrichissement corrélatif de la communauté. En établissant que les deniers provenant de la vente d'un immeuble propre avaient été versés entre les mains du mari, l'appréhension de ces deniers par la communauté, dont le mari était le chef, pouvait être par là même démontrée. Les termes de versement des deniers dans la communauté et d'enrichissement de celle-ci, fondement du droit à récompense, pouvaient donc être confondus.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 13 juillet 1965, la communauté a perdu l'usufruit des biens propres des époux. Les deniers perçus par un époux à la suite de l'aliénation d'un bien propre ou qui lui sont échus par succession ou libéralité constituent des biens propres, leur dépôt sur un compte bancaire ouvert à son seul nom ou sur un compte joint ne leur faisant pas perdre cette qualification. Il est donc apparu que, sous l'empire de la loi nouvelle, ce ne pouvait pas être l'encaissement des deniers propres qui pouvait engendrer le droit à récompense, mais l'usage fait des deniers au profit de la communauté.

Par une série d'arrêts prononcés à partir de 1992, la Cour de cassation s'est uniquement référée à l'alinéa 3 de l'article 1433 et n'a plus fait de « l'encaissement » de deniers propres d'un époux le critère déterminant le droit à récompense (Com., 11 février 1992, pourvoi no 89-14.079, *Bull.* 1992, IV, no 65). En pratique, le dépôt de deniers propres sur un compte bancaire ouvert au nom des deux époux était insuffisant à établir le profit tiré par la communauté et, par conséquent, le droit à récompense (1re Civ., 17 décembre 1996, pourvoi no 95-11.929, *Bull.* 1996, I, no 451).

Opérant un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation a décidé que, « sauf preuve contraire, le profit résulte notamment de l'encaissement de deniers propres par la communauté, à défaut d'emploi ou de réemploi » et que lorsqu'ils sont versés sur un compte joint ouvert aux noms des époux, ils sont encaissés par la communauté, cet encaissement fondant, à défaut de preuve contraire, le droit à récompense (1re Civ., 8 février 2005, pourvoi no 03-13.456, *Bull.* 2005, I, no 65 et pourvoi no 05-15.384, *Bull.* 2005, I, no 66 ; *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2005, p. 215 ; *AJ famille* no 4, avril 2005, p. 149, obs. P. Hilt ; *RTD civ.* 2005, p. 445, obs. B. Vareille ; *Dr. fam.* avril 2005, p. 24, com. 80 par B. Beignier ; *Revue juridique Personnes et Famille* no 5, mai 2005, p. 14, obs. F. Vauvillé ; *Defrénois* 2005, p. 1506, obs. G. Champenois ; 1re Civ., 6 juillet 2005, pourvoi no 02-17.628 ; 1re Civ., 25 avril 2007, pourvoi no 05-19.129).

En d'autres termes, lorsque des deniers propres d'un époux ont été déposés sur un compte commun, on présume qu'ils ont été utilisés par les deux époux et affectés à la couverture de dépenses communes et, par conséquent, on en déduit une présomption de profit tiré par la communauté. Bien sûr, il ne s'agit que d'une présomption qui souffre la preuve contraire.

Cette présomption ne joue pas lorsque les fonds propres sont déposés sur un compte bancaire ouvert au seul nom de l'époux propriétaire. La Cour de cassation a décidé que « le profit tiré par la communauté résultant de l'encaissement, au sens de l'article 1433, alinéa 2, du code civil, des deniers propres d'un époux ne peut être déduit de la seule circonstance que ces deniers ont été versés, au cours du mariage, sur un compte

bancaire ouvert au nom de cet époux » (1re Civ., 15 février 2012, pourvoi no 11-10.182, *Bull.* 2012, I, no 33, *JCP* 2012 éd. N, 1295, note E. Naudin, *Revue juridique personnes et famille* no 6, juin 2012, p. 13, obs. F. Vauvillé, *AJ famille* 2012, 232, obs. P. Hilt, *RTD civ*. 2012, p. 364, obs. B. Vareille, *Dr. fam*. 2012, comm. no 70 par. B. Beignier, *Gaz. Pal.* 16-17 mars 2012, p. 41, note J. Casey ; voir, déjà, 1re Civ., 8 novembre 2005, pourvoi no 03-14.831, *Bull.* 2005, I, no 403, *AJ famille* no 1, janvier 2006, p. 33, obs. P. Hilt, *RTD civ.* 2006, p. 814, obs. B. Vareille, *D.* 2006, p. 2066, obs. J. Revel ; 1re Civ., 3 février 2010, pourvoi no 09-65.345, *Bull.* 2010, I, no 33, *RTD civ*. 2012, p. 141, obs. B. Vareille). Dans cette hypothèse, on ne peut présumer que les fonds propres ont été utilisés par les deux époux pour être affectés à leurs dépenses communes.

§ 3. Présomption de titularité des droits d'auteur de l'exploitant à l'encontre du tiers poursuivi pour contrefaçon

Le créateur d'une œuvre de l'esprit – qui, en droit français, ne peut être qu'une personne physique – bénéficie de la présomption édictée par l'article L. 113-1 du code de la propriété intellectuelle : « La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée » et, en sa qualité d'auteur, « jouit sur cette œuvre […] d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous » (article L. 111-1, alinéa 1er, du même code).

Aucune présomption de titularité n'a en revanche été instituée par le législateur au profit des personnes morales, sauf lorsque l'œuvre en cause est une œuvre collective (définie par l'article L. 113-2 du code de la propriété intellectuelle comme « l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'entre eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé »), l'article L. 113-5, alinéa 1er, du code de la propriété intellectuelle prévoyant qu'une telle œuvre « est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée ».

Cependant, compte tenu des difficultés rencontrées par les personnes morales pour apporter la preuve, soit de la réunion des critères de qualification de l'œuvre collective, soit d'une cession de droits à leur profit, la première chambre civile de la Cour de cassation a, pour la première fois, dans un arrêt du 24 mars 1993 (1re Civ., 24 mars 1993, pourvoi no 91-16.543, *Bull.* 1993 I, no 126) et, depuis lors, de manière constante (voir, notamment, 1re Civ., 4 mai 1994, pourvoi no 92-16.686, *Bull.* 1994, I, no 160 ; 31 janvier 1995, pourvoi no 92-21.066, *Bull.* 1995, I, no 63 ; 9 janvier 1996, pourvoi no 93-21.519, *Bull*. 1996, I, no 28 ; 11 mai 1999, pourvoi no 97-10.963, *Bull*. 1999, I, no 157 ; 22 février 2000, pourvoi no 97-21.098, *Bull*. 2000, I, no 58), décidé, généralement au visa de l'article L. 113-5 du code de la propriété intellectuelle, qu'en l'absence de revendication du ou des auteurs, l'exploitation d'une œuvre par une personne morale fait présumer, à l'égard des tiers recherchés pour contrefaçon, que cette personne est titulaire sur l'œuvre du droit de propriété incorporelle de l'auteur. Cette présomption a ensuite été étendue aux personnes physiques (1re Civ., 15 novembre 2010, pourvoi no 09-66.160, *Bull*. 2010, I, no 23).

La solution est appliquée également par la chambre commerciale (Com., 21 janvier 2004, pourvoi n° 02-14.525) et la chambre criminelle (Crim., 24 février 2004, pourvoi n° 03-83.541, *Bull. crim*. 2004, n° 49).

La Cour de cassation a ainsi entendu mettre fin à une situation procédurale qui exigeait, conformément au droit commun, que l'exploitant de l'objet contrefait établisse sa qualité de titulaire des droits de propriété intellectuelle préalablement à toute action en contrefaçon, une telle exigence aboutissant à « la protection des contrefacteurs, qui peuvent jouir en paix du fruit d'un larcin qu'ils ne tentent même pas de nier ! » (*Rapport annuel* de la Cour de cassation 1993, p. 311).

Par arrêt du 6 janvier 2011 (pourvoi n° 09-14.505, *Bull.* 2011, I, n° 2 ; *Comm. com. électr*. n° 3, mars 2011, comm. 20 par C. Caron), la première chambre civile, sans nullement remettre en cause le principe précité, a cependant rappelé, afin d'en assurer une exacte application, que « la présomption de la titularité des droits d'exploitation dont peut se prévaloir à l'égard des tiers poursuivis en contrefaçon la personne qui commercialise sous son nom un objet protégé par le droit d'auteur, suppose, pour être utilement invoquée, que soit rapportée la preuve d'actes d'exploitation ».

Elle a donc approuvé une cour d'appel qui, après avoir relevé que les modèles objets du litige avaient été acquis auprès du même fabricant chinois et à la même époque, par deux sociétés françaises qui les avaient commercialisés concomitamment sur le marché français, sans qu'il soit justifié par l'une d'entre elles d'instructions précises adressées à la société chinoise pour leur fabrication, en avait déduit que la preuve d'actes d'exploitation « propres à justifier l'application de la présomption de titularité des droits » n'était pas rapportée.

La Cour de cassation a de surcroît récemment précisé que les actes d'exploitation dont la personne morale ou physique doit justifier pour pouvoir se prévaloir de la présomption prétorienne de titularité doivent présenter un caractère non équivoque : « l'exploitation non équivoque d'une œuvre par une personne physique ou morale sous son nom et en l'absence de revendication du ou des auteurs, fait présumer à l'égard du tiers recherché pour contrefaçon, que cette personne est titulaire sur l'œuvre du droit de propriété incorporelle » (1re Civ., 4 mai 2012, pourvoi n° 11-13.116, *Bull.* 2012, I, n° 98 ; *Comm. com. électr*. n° 7-8, juillet 2012, comm. 73 par C. Caron).

Ce faisant, elle a clarifié tant le fondement que les conditions d'application de la présomption de titularité, dont il convient de ne pas méconnaître la finalité première : la lutte contre la contrefaçon.

§ 4. Présomption de licéité de la cause, posée par l'article 1132 du code civil (non-subordination à la régularité formelle de la reconnaissance de dette)

Suivant les dispositions de l'article 1132 du code civil, « la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée ».

La règle énoncée par ce texte, qui institue une présomption que la cause de l'obligation invoquée existe et est licite, n'exige pas, pour son application, l'existence d'un acte répondant aux conditions de forme prescrites par l'article 1326 du code civil (1re Civ., 12 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.614, *Bull.* 2012, I, n° 3).

En la circonstance, l'emprunteur d'une somme d'argent avait établi une reconnaissance de dette au profit du prêteur. Pour rejeter la demande en paiement formée par ce dernier, la cour d'appel avait retenu que la reconnaissance de dette, qui ne satisfaisait pas aux exigences de l'article 1326 du code civil dès lors que n'y figurait pas la mention en chiffres du montant de l'engagement, n'avait valeur que de simple commencement de preuve par écrit, en sorte qu'il appartenait au prêteur de rapporter la preuve du versement effectif de la somme litigieuse.

Reprenant une solution ancienne (1re Civ., 14 juin 1988, pourvoi no 86-15.435, *Bull.* 1988, I, no 190), la Cour de cassation, distinguant les règles probatoires édictées par les articles 1326 et 1132 du code civil, qui s'articulent en deux temps, censure cette décision.

La règle posée par l'article 1326 vise en effet l'engagement du débiteur et son objet. Si l'*instrumentum* ne répond pas aux exigences de ce texte, il appartiendra au demandeur de compléter le commencement de preuve qu'il constitue alors par tous autres éléments de preuve de nature à établir que le défendeur s'est bien engagé à payer la somme litigieuse.

Une fois la preuve de l'engagement rapportée, la règle posée par l'article 1132 fait présumer l'existence et la licéité de sa cause. Pour tenter d'échapper à ses obligations, l'auteur de la reconnaissance de dette devra dès lors établir que cet engagement n'a pas de cause ou, si la cause est exprimée dans l'acte, que celle-ci n'existe pas ou est inexacte (il est renvoyé sur ces questions à la partie 3, titre 2, chapitre 1, section 1).

La présomption d'existence de la cause n'est donc pas subordonnée à la régularité formelle de l'acte.

§ 5. Présomption de « pas-de-porte » dans le statut des baux ruraux

La prohibition des « pas-de-porte » – comprendre, de la pratique consistant, pour un bailleur, à solliciter du locataire entrant le paiement d'un prix, distinct du loyer, en contrepartie de la dation à bail – compte sans doute parmi les plus importantes règles édictées par le statut des baux ruraux.

Le législateur craint en effet que le preneur entrant, très souvent obligé de souscrire de lourds emprunts pour acheter le cheptel – mort et vif – dont il a besoin, ne soit placé dans une situation financière dirimante à la bonne exploitation du fonds loué s'il était aussi contraint d'acquérir le droit de prendre à bail les biens nécessaires à son activité. L'admission des pas-de-porte ruinerait également, indirectement mais nécessairement, le dispositif d'encadrement des loyers organisé par l'article L. 411-11 du code rural et de la pêche maritime.

Cette prohibition est portée par l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime ainsi rédigé : « Sera puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 € ou de l'une de ces deux peines seulement, tout bailleur, tout preneur sortant ou tout intermédiaire qui aura, directement ou indirectement, à l'occasion d'un changement d'exploitant, soit obtenu ou tenté d'obtenir une remise d'argent ou de valeurs non justifiée, soit imposé ou tenté d'imposer la reprise de biens mobiliers à un prix ne correspondant pas à la valeur vénale de ceux-ci. Les sommes indûment perçues sont sujettes à répétition. Elles sont majorées d'un intérêt calculé à compter de leur versement et égal au taux pratiqué par la Caisse régionale de crédit agricole pour les prêts

à moyen terme. En cas de reprise de biens mobiliers à un prix ne correspondant pas à la valeur vénale de ceux-ci, l'action en répétition peut être exercée dès lors que la somme versée a excédé ladite valeur de plus de 10 %. L'action en répétition exercée à l'encontre du bailleur demeure recevable pendant toute la durée du bail initial et des baux renouvelés qui lui font suite ainsi que, en cas d'exercice du droit de reprise, pendant un délai de dix-huit mois à compter de la date d'effet du congé. »

Il est à remarquer que tel que le texte est rédigé, la prohibition des pas-de-porte apparaît au travers de l'infraction pénale, de nature délictuelle, encourue par ceux qui la méconnaissent.

Et c'est sur le fondement des éléments constitutifs de cette infraction que doit être appréhendée la sanction civile susceptible d'être infligée, accessoirement dans la logique du législateur (mais presque exclusivement en pratique), aux infracteurs, soit l'obligation pour celui qui a reçu du preneur entrant cette somme illicite de la lui restituer. Ce « socle pénal » impose au juge civil saisi d'une action en restitution de la sorte d'interpréter très strictement les termes de la prohibition.

À l'instar de quasiment toutes les dispositions du statut des baux ruraux, cette disposition est impérative, fruit d'un ordre public que l'on pourrait qualifier de mixte, visant à la fois à protéger le locataire mais aussi à diriger, dans l'intérêt supérieur de l'agriculture, les pratiques économiques des cocontractants.

Pour impérative et lourdement sanctionnée qu'elle soit, cette prohibition est, notoirement, trop souvent méconnue par des bailleurs qui peuvent être tentés, parfois sur proposition des candidats locataires eux-mêmes, de battre monnaie avec le titre qu'ils sont susceptibles de concéder. Des esprits pragmatiques ne manquent d'ailleurs pas de faire remarquer que cette violation de la loi n'est, au vrai, que le reflet d'une réalité économique s'accommodant fort bien de ce que le locataire entrant paie un droit lui permettant d'accéder à la terre dont il a besoin pour exercer une activité professionnelle lucrative.

Très souvent, lorsqu'elles décident de stipuler un pas-de-porte à la charge du locataire entrant, les parties au bail s'ingénient à dissimuler ce paiement, de crainte, sans doute, que le juge ne mette au jour trop facilement cette clause illicite en cas d'éventuelle action en répétition exercée ultérieurement par le locataire. En ce cas, elles choisissent presque toujours de déguiser ce paiement sous la forme d'un supplément de prix d'un bien que le bailleur vend à son cocontractant en même temps qu'il lui consent le bail.

Les fumures, arrière-fumures et autres améliorations (ou avances) en terre se prêtent bien à de telles dissimulations, car, incorporées au sol, ce sont là des biens que l'on peine à discerner et dont il est difficile de constater l'(in)existence en cas de contestation (les premières pouvant être définies comme « toute matière convenant à la fertilité du sol et que l'on y incorpore pour modifier avantageusement les qualités de production », les deuxièmes comme « les reliquats des amendements et des engrais dont ont été gratifiées les cultures des années précédentes et qui en laissent une partie pour les récoltes pendantes ou prévues » et les troisièmes comme « les travaux de toutes sortes déjà exécutés pour les récoltes en voie de préparation » selon J. Cuvillier, *Expertises rurales foncières, agricoles et forestières*, Librairie de l'Académie d'agriculture, 1948, p. 211 et 524). Mais il arrive aussi que du matériel, des stocks, des animaux ou encore des semences

soient acquis du bailleur (ou, plus rarement, du locataire sortant) par le preneur entrant à un prix excédant très largement leur valeur vénale.

Dans la mesure où il ne pouvait être question d'interdire par principe ces ventes parallèles au bail, qui correspondent à une pratique bien établie et peuvent être fort utiles au preneur entrant, il fallait que le législateur imaginât un moyen de mettre en évidence, pour les sanctionner, les éventuels pas-de-porte déguisés en « surprix ». Il a, à cette fin, conçu une présomption originale contenue au troisième alinéa de l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime.

Est ainsi réputée pas-de-porte la fraction du prix payé par le locataire entrant au bailleur ou au locataire sortant pour l'acquisition de biens correspondant à un excédent de plus de 10 % de la valeur vénale desdits biens. Quoique le texte ne le précise pas, cette présomption doit être regardée comme étant irréfragable. L'éventuel « surprix » payé par le locataire entrant dans les conditions prévues par le texte ne saurait donc avoir légalement d'autre cause que la rémunération du droit au bail.

La technique de la présomption, avec toute la rigueur et même l'arbitraire qui la caractérise (pourquoi pas 5, 20 ou 30 % ?), présente cet avantage de tuer en germe l'argumentation, pertinente dans un cadre général de liberté des prix, d'*accipiens* tentés de soutenir que la fraction du prix payé par le *solvens* excédant la valeur communément admise du bien vendu est le fruit de ses qualités de négociateur et non le prix d'un pas-de-porte illicitement stipulé. Mais la rigidité du système de la présomption n'exclut pas, en cas de contentieux, tout débat probatoire.

– Devant le juge du fond, les parties s'efforcent de démontrer (par tous moyens), pour l'*accipiens* que le prix versé par le locataire entrant correspond, à 10 % près, à la valeur vénale des biens qu'il lui a vendus accessoirement et, pour ce dernier, que le prix excède le seuil de 10 %. C'est là une discussion normalement close devant la Cour de cassation, laquelle reconnaît au juge du fond le pouvoir d'apprécier souverainement si le seuil fatidique des 10 % est ou non dépassé (voir, par exemple, 3e Civ., 11 janvier 1989, pourvoi no 87-13.921, *Bull.* 1989, III, no 10 : « Mais attendu que n'étant pas tenue, en matière civile, de préciser si les époux Y… avaient imposé ou tenté d'imposer à Mme X… l'achat d'un train de culture pour la reprise des terres, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à une recherche que sa décision rendait sans objet, a légalement justifié sa décision en retenant souverainement que la somme versée excédait de plus de 10 % la valeur vénale des biens mobiliers cédés » [nous soulignons] ; 3e Civ., 12 juillet 1988, pourvoi no 87-14.806).

– Il convient de préciser que la preuve de l'existence d'une convention contrevenant aux dispositions de l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime peut être administrée par tous moyens et que le juge du fond apprécie souverainement la valeur des preuves invoquées de part et d'autre (voir, par exemple, 3e Civ., 14 mars 2012, pourvoi no 11-14.570). L'absence de cause prouvée d'un versement du locataire entrant entre les mains de l'une des trois catégories d'*accipiens* envisagées par le texte est regardée, par elle-même, comme étant de nature à démontrer que ces sommes ont été versées à titre de pas-de-porte (3e Civ., 8 février 1989, pourvoi no 87-15.255).

Cette dérogation apportée, s'agissant de prouver une convention synallagmatique, aux dispositions de l'article 1341 du code civil (les montants des pas-de-porte sont très souvent supérieurs à la somme de 1 500 euros), fait écho à une jurisprudence

plus générale, aux termes de laquelle la preuve de la cause illicite peut, à la différence de celle de la fausseté de la cause (voir, par exemple, 1re Civ., 23 février 2012, pourvoi no 11-11.230, *Bull.* 2012, I, no 36), être administrée par tous moyens (voir, par exemple, 1re Civ., 4 juillet 1995, pourvoi no 93-16.236).

– Plus en amont, il est arrivé que le demandeur à la répétition cherche à prouver que le bien qu'il a acquis à titre onéreux n'a, en réalité, pas de valeur patrimoniale comme étant dépourvu d'existence juridique. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation a, logiquement, exercé un contrôle sur la qualification – nécessairement juridique – du bien opérée par le juge du fond, de laquelle dépendait *in fine* la caractérisation du pas-de-porte. Elle a donc été amenée à casser un arrêt par lequel une cour d'appel avait retenu que, dès lors qu'un agriculteur ne pouvait céder sa clientèle, la somme payée par le locataire entrant à son prédécesseur de ce chef devait nécessairement être regardée comme un pas-de-porte (3e Civ., 16 septembre 2009, pourvoi no 08-18.868, *Bull.* 2009, III, no 192 : « Qu'en statuant ainsi, alors que le droit de présentation d'une clientèle professionnelle autre que commerciale et une clause de non-concurrence sont des droits cessibles et qu'une marque est un bien incorporel qui a une valeur patrimoniale, la cour d'appel a violé les textes susvisés [articles 1134 et L. 411-74 du code rural] »).

– La demande de répétition peut enfin susciter un débat sur la qualité de l'*accipiens*. Les dispositions civiles de l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime étant, comme expliqué plus haut, d'interprétation très stricte, il suffit à l'*accipiens*, pour échapper à la sanction, de prouver qu'il a reçu les sommes litigieuses en une qualité autre que l'une de celles, au nombre de trois, limitativement mentionnées au premier alinéa de ce texte, soit celles de « bailleur », de « locataire sortant » et d'« intermédiaire ». Il a ainsi été jugé récemment qu'un commodataire ne pouvait être condamné à restitution du chef de l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime (3e Civ., 21 mars 2012, pourvoi no 11-14.834, *Bull.* 2012, III, no 51).

§ 6. Présomption de responsabilité du transporteur

Le droit des transports de marchandises repose sur un délicat équilibre entre droits et obligations des transporteurs et des ayants droit à la marchandise : le transporteur est assujetti à une présomption de responsabilité de plein droit, dont la charge est contrebalancée par la limitation de sa responsabilité par l'application de plafonds d'indemnisation.

Comme le rappelait le doyen Rodière (*Droit des transports. Transports terrestres et aériens*, Sirey, 2e éd., 1977, no 527), « le voiturier est tenu d'une obligation de résultat et chargé d'une présomption de responsabilité, non d'une simple présomption de faute. Il ne lui suffit pas de prouver ses diligences, son absence de faute ; il doit, pour se libérer, dénoncer le fait topique qui rend compte du dommage subi par la marchandise qui lui a été confiée et qu'il a prise en charge et montrer que ce fait ne lui est pas imputable ». Ainsi, l'obligation de résultat emporte présomption de responsabilité et présomption de causalité (Com., 3 mars 2004, pourvoi no 00-18.328).

À la différence d'autres contrats, l'obligation de résultat qui pèse sur le transporteur n'est pas issue de solutions prétoriennes, mais a été posée dès l'édiction du code de commerce, puis reprise dans les textes ultérieurs, qu'ils soient internes ou internationaux, et ce pour tous les modes de transports de marchandises avec la même impérativité.

Ainsi, par application de l'article L. 133-1 du code de commerce, qui fait du transporteur terrestre interne un « garant » des avaries et pertes, la Cour de cassation a décidé que la simple existence de manquants à la livraison, sans que le voiturier émette de réserve lors de la prise en charge de la marchandise, suffisait à engager sa responsabilité (Com., 3 octobre 2000, pourvoi n° 98-10.685).

Mais la sévérité des textes ne va pas jusqu'à édicter des présomptions de responsabilité irréfragables et les transporteurs peuvent les combattre en se prévalant de circonstances propres à les mettre en échec dans les conditions prévues par les textes ou les conventions internationales applicables.

La Convention de Genève du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route (dite CMR) retient une solution légèrement différente de celle du droit interne, puisqu'elle instaure un régime particulier d'exonération de responsabilité, se distinguant notamment par l'existence de cas d'exonération particuliers prévus par son article 17, § 4. La réglementation de ces exonérations repose principalement sur l'édiction de présomptions, dont les frontières sont parfois difficiles à cerner, relevant presque de la casuistique : l'article 18, § 2, de la CMR prévoit ainsi que « lorsque le transporteur établit que, eu égard aux circonstances de fait, la perte ou l'avarie a pu résulter d'un ou de plusieurs des risques particuliers prévus à l'article 17, paragraphe 4, il y a présomption qu'elle en résulte ». Mais l'ayant droit à la marchandise peut faire la preuve que le dommage n'a pas eu l'un de ces risques pour cause totale. Et encore ces règles ne sont-elles pas applicables en cas de transport « à températures dirigées » (article 18, § 4). Le droit interne, c'est-à-dire l'article L. 133-1, alinéa 2, du code de commerce, n'entre pas dans ces détails et prévoit plus généralement que « [le voiturier] est garant des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ou de la force majeure ». Mais encore faut-il que le transporteur prouve l'existence d'un tel vice (Com., 13 mars 2012, pourvoi n° 11-11-578) ou de la force majeure, sans pouvoir invoquer une présomption en ce sens.

Le régime des présomptions fait l'objet de solutions particulières dans le cadre du contrat de transport maritime interne ou international. Les textes organisent une inversion de présomptions, qui profitent tantôt au transporteur, tantôt à l'ayant droit à la marchandise. Dès sa création, le connaissement atteste la prise en charge de la marchandise par le transporteur dans la quantité et l'état apparents, solution qui peut être transposée aux autres titres de transport. Mais, à la différence des transports terrestres et aériens qui organisent, en l'absence de réserves émises par le destinataire à la suite de la livraison de la marchandise, une véritable fin de non-recevoir de l'action dirigée contre le transporteur, l'inaction du destinataire donne naissance à une nouvelle présomption, dite « de livraison conforme ». Aux termes de l'article 3.6 de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, à moins qu'un avis des pertes ou dommages et de la nature générale de ces pertes ou dommages ne soit donné par écrit au transporteur ou à son agent au port de déchargement, avant ou au moment de l'enlèvement des marchandises, et de leur remise sous la garde de la personne ayant droit à la délivrance sous l'empire du contrat de transport, cet enlèvement constituera, jusqu'à preuve contraire, une présomption que les marchandises ont été délivrées par le transporteur telles qu'elles sont décrites au connaissement. Si les pertes ou dommages ne sont pas apparents, l'avis doit être donné dans les trois jours de la délivrance. La Cour de cassation a précisé, comme le rappellent d'ailleurs

les textes, « que l'absence des réserves écrites ou du constat contradictoire de l'état de la marchandise visés à l'article 3.6 de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, a pour seul résultat d'inverser la charge de la preuve en obligeant l'ayant droit à la marchandise à établir l'existence des dommages au moment de la livraison » et que lorsque la preuve contraire à la présomption simple de délivrance conforme est rapportée, la responsabilité du transporteur était engagée de ce fait (Com., 12 novembre 1997, pourvoi n° 95-20.749, navire « Steir » ; Com., 8 mars 2001, pourvoi n° 09-70.550, navire « Torm Aukse »). Le droit interne reprend la même solution à l'article 57 du décret n° 66-1078 du 31 décembre 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritime.

Section 2 – En matière fiscale

En ce qui concerne la transmission des biens à titre gratuit, l'article 751 du code général des impôts édicte une présomption en vertu de laquelle font partie « de la succession de l'usufruitier, jusqu'à preuve contraire, toute valeur mobilière, tout bien meuble ou immeuble appartenant, pour l'usufruit, au défunt et, pour la nue-propriété, à l'un de ses présomptifs héritiers ou descendants d'eux, même exclu par testament, ou à ses donataires ou légataires institués, même par testament postérieur, ou à des personnes interposées, à moins qu'il y ait eu donation régulière et que cette donation, si elle n'est pas constatée dans un contrat de mariage, ait été consentie plus de trois mois avant le décès ou qu'il y ait eu démembrement de propriété effectué à titre gratuit, réalisé plus de trois mois avant le décès, constaté par acte authentique et pour lequel la valeur de la nue-propriété a été déterminée selon le barème prévu par l'article 669 du même code ».

De manière régulière, la chambre commerciale estime, en présence de cette présomption simple, que les juges du fond apprécient souverainement les éléments de fait invoqués par les parties pour la combattre (Com., 27 juin 1989, pourvoi n° 87-19.514, *Bull.* 1989, IV, n° 206 ; Com., 9 mars 1993, pourvoi n° 90-22.106 ; Com., 12 décembre 1995, pourvoi n° 94-11.491), en retenant que cette preuve ne peut résulter de l'acte établi moins de trois mois avant le décès (Com., 23 mars 2010, pourvoi n° 09-65.821) et en s'assurant que les éléments retenus ne se contredisent pas entre eux (Com., 27 janvier 1998, pourvoi n° 96-13.595, *Bull.* 1998, IV, n° 43).

Dans le même domaine, l'article 752 du code général des impôts édicte une présomption simple selon laquelle font partie de la succession les actions, obligations, parts de fondateur ou bénéficiaires, parts sociales et toutes autres créances dont le défunt a eu la propriété ou a perçu les revenus ou à raison desquelles il a effectué une opération quelconque moins d'un an avant son décès. La preuve contraire ne peut résulter de la cession à titre onéreux consentie à l'un des héritiers présomptifs ou descendants d'eux, même exclu par testament, ou à des donataires ou légataires institués, même par testament postérieur, ou à des personnes interposées, telles qu'elles sont désignées par le deuxième alinéa de l'article 911 et l'article 1100 du code civil, à moins que cette cession ait acquis date certaine avant l'ouverture de la succession.

La chambre commerciale juge en conséquence que les héritiers font échec à la présomption de propriété lorsqu'ils établissent que les sommes déposées par le défunt lui ont été remboursées avant son décès (Com., 30 octobre 1989, pourvoi n° 88-13.015, *Bull.* 1989, IV, n° 262 à propos de sommes retirées de comptes bancaires), mais que

l'administration fiscale peut rapporter la preuve que le défunt a conservé les fonds provenant du retrait, cette preuve pouvant résulter d'un faisceau d'indices concordants, comme le bref délai entre le retrait et le décès, la disproportion entre les retraits et le train de vie du défunt (Com., 12 décembre 1995, pourvoi n° 93-21.337 ; Com., 6 mai 1996, pourvoi n° 94-14.207), l'âge du défunt, l'importance de la somme retirée par rapport à son train de vie habituel, le paiement de ses dépenses de vie courante autrement qu'au moyen du retrait opéré, l'absence d'emploi de la somme retirée et les circonstances particulières ayant entouré l'alimentation du compte bancaire avant que soit opéré le retrait (Com., 2 mai 2007, pourvoi n° 06-10.517) et encore l'absence d'emploi connu des sommes retirées par le défunt (Com., 4 juillet 1995, pourvoi n° 94-10.368).

De même, il a été admis que les bons au porteur dont le défunt a eu la propriété moins d'un an avant son décès constituent des créances soumises à la présomption de l'article 752 et que constituent ainsi une créance sur l'établissement émetteur, présumée faire partie de la succession du défunt, les bons au porteur qui lui ont été remis trois mois avant son décès et qui n'ont pas été présentés au paiement (Com., 17 mars 2009, pourvoi n° 08-11.895).

Les mêmes règles s'appliquent en ce qui concerne les créances dont le défunt a eu la propriété, ainsi que les sommes, titres ou objets placés chez un dépositaire ou trouvés dans un coffre-fort en vertu des articles 753 et 754 du code général des impôts.

Section 3 – En droit du travail et de la sécurité sociale

En droit social, la présomption conduisant à qualifier d'accident du travail celui survenu au temps et au lieu de travail (§ 1), celle conduisant à qualifier certaines maladies de professionnelles (§ 2) ainsi que celle imposant, en certaines circonstances, d'admettre l'exposition à l'amiante (§ 3) doivent être présentées.

§ 1. Présomption d'imputabilité de l'accident survenu au lieu et au temps de travail

Suivant les dispositions de l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale, « est considéré comme accident de travail, quelle qu'en soit la cause, l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs ou chefs d'entreprise ».

Ces dispositions, qui définissent l'accident du travail au sens étroit du terme (notion qu'il y a lieu de distinguer de la maladie professionnelle et de l'accident de trajet), sont assorties d'une présomption de nature à faciliter, par l'allègement de la preuve lui incombant, la prise en charge de la victime au titre de la législation professionnelle. Il s'agit d'une présomption d'imputabilité double portant à la fois sur le lien entre l'accident et le travail et/ou sur le lien entre le préjudice et l'accident (J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 17e éd., 2011, n° 850 et s.). Cette présomption répond ainsi, conformément à la vocation propre de la branche accidents du travail et maladies professionnelles de la sécurité sociale, au souci d'assurer une prise en charge étendue des risques professionnels auxquels sont exposés les travailleurs bénéficiaires d'une telle couverture. La prise en charge des maladies professionnelles fait d'ailleurs également l'objet de présomptions (voir, même section, § 2 et

§ 3) ; il appartient en revanche à la victime de rapporter la preuve des éléments caractérisant l'existence d'un accident de trajet.

Le recours à la présomption d'imputabilité pour la définition de l'accident de travail peut s'autoriser d'origines fort anciennes. Statuant sous l'empire des dispositions de la loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités dans les accidents du travail, qui soumettaient la réparation des accidents d'origine professionnelle à un régime spécial de responsabilité civile, la Cour de cassation retenait en effet que « toute lésion qui se produit dans un accident survenu par le fait du travail ou à l'occasion du travail doit être considérée, sauf preuve contraire, comme résultant de cet accident », de sorte que met à la charge de la victime (ou de ses ayants droit) une preuve qui ne lui incombe pas, et méconnaît ainsi l'article 1er de la loi du 9 avril 1898, le juge du fond qui rejette la demande d'indemnisation formulée par la veuve du salarié au motif qu'il n'est pas démontré que la mort de ce dernier est la conséquence de l'accident du travail dont il a été victime (Cass., ch. réun., 7 avril. 1921, *Bull. civ*., no 61 ; *S*. 1921, 1, 81) (sur la question, voir A. Rouast et M. Givord, *Traité du droit des accidents du travail et des maladies professionnelles*, Dalloz, 1934, no 114 et s.).

En application de l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale, un accident est présumé, s'il est survenu au temps et au lieu du travail, revêtir le caractère d'un accident de travail, à moins qu'il ne soit rapporté la preuve que la lésion dont la victime est atteinte a une origine totalement étrangère au travail ou que le salarié s'est soustrait volontairement à l'autorité de l'employeur. Régulièrement rappelée par la jurisprudence (voir Soc., 23 mai 2002, pourvoi no 00-14.154, *Bull*. 2002, V, no 178 ; 2e Civ., 16 décembre 2003, pourvoi no 02-30.959 ; 2e Civ., 2 octobre 2008, pourvoi no 07-19.036 ; 2e Civ., 6 mai 2010, pourvoi no 09-13.318 ; 2e Civ., 12 mai 2011, pourvoi no 10-15.727), la formule a une portée bien précise : il appartient à la victime de l'accident, ou bien à ses ayants droit, de rapporter la preuve des *circonstances de temps et de lieu* de l'accident, à charge pour l'employeur ou l'organisme de sécurité sociale, s'ils entendent renverser la présomption, de rapporter la preuve de l'*origine totalement étrangère au travail* de la lésion dont la victime est atteinte. Lorsque l'accident n'est pas survenu pendant le temps et/ou sur le lieu du travail, il incombe à la victime de rapporter la preuve de l'imputabilité au travail de l'accident dont est résultée la lésion (voir, notamment, 2e Civ., 22 février 2007, pourvoi no 05-13.771, *Bull.* 2007, II, no 54).

La présomption d'imputabilité fait l'objet d'une jurisprudence à la fois constante et stricte, dans l'intérêt de la victime de l'accident du travail.

– Les circonstances de temps et de lieu sont entendues *lato sensu* :

Ratione temporis, tout d'abord, les pauses et interruptions du travail, le temps consacré au repas, les périodes d'astreinte dans les locaux de l'entreprise (2e Civ., 2 novembre 2004, pourvoi no 02-31.098, *Bull*. 2004, II, no 479 [solution contraire en cas d'astreinte à domicile : même arrêt]), voire les distractions autorisées par l'employeur (Soc., 12 mai 1982, pourvoi no 81-11.584, *Bull*. 1982, V, no 297) font partie intégrante du temps de travail.

Dans un ordre d'idées voisin, la présomption d'imputabilité de l'accident au travail peut également s'appliquer à des lésions ou des symptômes intervenus ultérieurement, pour autant que ceux-ci soient « rattachables à l'accident » (Soc., 6 mars 1980, pourvoi no 79-10.907, *Bull.* 1980, V, no 236 : pour un salarié décédé des suites d'un arrêt respiratoire survenu au cours de l'opération chirurgicale consécutive à l'accident ; Soc.,

27 octobre 1978, pourvoi n° 77-14.865, *Bull.* 1978, V, n° 736 : pour un salarié, décédé quelques jours après l'accident, pendant la période d'arrêt de travail et de soins). Ce n'est que lorsque la lésion apparaît très tardivement que la présomption d'imputabilité ne joue pas (2e Civ., 16 décembre 2003, pourvoi n° 02-30.748 : état de la salariée constaté huit mois après l'accident). Si la jurisprudence en la matière a pu longtemps apparaître assez empirique, il semble émerger depuis quelques années un critère général fiable tiré de l'existence d'un lien de causalité entre la lésion et l'événement survenu à date certaine par le fait ou à l'occasion du travail (Soc., 2 avril 2003, pourvoi n° 00-21.768, *Bull.* 2003, V, n° 132).

Ratione loci, ensuite, la présomption étend ses effets à l'ensemble des lieux sur lesquels l'employeur exerce son autorité, tels les cours, voies d'accès et parcs de stationnement de l'entreprise (Ass. plén., 3 juillet 1987, pourvois n° 86-14.914 et n° 86-14.917 [2 arrêts], *Bull.* 1987, Ass. plén., n° 3, *Bull. crim*. 1987, n° 287 ; Soc., 14 mars 1996, pourvoi n° 94-10.430, *Bull.* 1996, V, n° 100), ainsi que les cantines et restaurants d'entreprise.

– La jurisprudence a étendu le bénéfice de la présomption d'imputabilité aux *accidents de mission*. Il revenait auparavant à la victime (ou à ses ayants droit) de rapporter la preuve que l'accident était survenu alors qu'elle accomplissait la mission confiée par l'employeur, la qualification étant exclue, au demeurant, pour les accidents survenus alors que le salarié avait recouvré son indépendance. Modifiant à la fois la définition et le régime probatoire de l'accident de mission, la Cour de cassation retient désormais que « le salarié effectuant une mission a droit à la protection prévue par l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale pendant tout le temps de la mission qu'il accomplit pour son employeur, peu important que l'accident survienne à l'occasion d'un acte professionnel ou d'un acte de la vie courante, sauf la possibilité pour l'employeur ou la Caisse de rapporter la preuve que le salarié avait interrompu sa mission pour un motif personnel » (Soc., 19 juillet 2001, pourvois n° 99-21.536 et n° 99-20.603 [deux arrêts], *Bull.* 2001, V, n° 285 ; *Dr. soc.* 2001, p. 1022, obs. X. Prétot). Cette jurisprudence a d'ailleurs été reprise par le Conseil d'État, dans le cadre du régime des accidents de service propre aux fonctionnaires et agents publics, pour la définition de l'accident de mission (CE, 3 décembre 2004, requête n° 260786, publié au *Recueil Lebon*). Dans le même esprit, la jurisprudence a appliqué la présomption d'imputabilité au *salarié en position d'astreinte* (2e Civ., 2 novembre 2004, précité).

– La présomption d'imputabilité exerce ses effets, le cas échéant, sur la procédure de déclaration, d'instruction et de reconnaissance des accidents du travail. Par conséquent, si l'employeur peut formuler des réserves lors de la déclaration de l'accident, celles-ci ne peuvent porter que sur les circonstances de l'accident ou sur l'existence d'une cause totalement étrangère au travail (2e Civ., 17 février 2011, pourvoi n° 10-15.276, *Bull.* 2011, II, n° 50). À ce dernier égard, la preuve de l'existence d'une telle cause donne lieu à une appréciation on ne peut plus stricte : s'il n'est pas nécessaire ainsi d'établir l'origine exacte de la pathologie dont souffre la victime, dès lors qu'il est certain qu'elle est indépendante du travail (2e Civ., 18 mars 2010, pourvoi n° 08-19.633), la présomption subsiste lorsqu'il s'avère que les conditions de travail ou le contexte professionnel ont joué un rôle dans la survenance de l'accident (2e Civ., 5 juin 2008, pourvoi n° 07-14.150 ; 2e Civ., 2 octobre 2008, pourvoi n° 07-19.036). De même, la présomption joue-t-elle au profit de la victime s'il n'est pas démontré que celle-ci s'est soustraite à l'autorité de l'employeur (Soc., 15 novembre 2001, pourvoi n° 00-13.137).

§ 2. Présomption de lien d'exposition à l'amiante

L'article 53, I, de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001 prévoit que peuvent obtenir la réparation intégrale de leurs préjudices les personnes ayant obtenu la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante au titre de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires d'invalidité (article 53, I, 1°), les personnes qui ont subi un préjudice résultant directement d'une exposition à l'amiante sur le territoire de la République (article 53, I, 2°), et les ayants droit des deux catégories précédentes (article 53, I, 3°).

L'article 53, III, aménage les règles des preuves à rapporter relatives au lien de causalité entre l'exposition à l'amiante du demandeur et l'atteinte à l'état de santé de la victime.

La victime dite « environnementale » doit en principe rapporter par elle-même la double preuve de la maladie dont elle est atteinte et de son lien de causalité avec une exposition à l'amiante. La commission d'examen des situations d'exposition à l'amiante, instituée au sein du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA), peut jouer ici un rôle déterminant, selon la qualité probante des justificatifs produits par la victime à l'appui de sa demande d'indemnisation.

Pour les salariés pris en charge au titre de la législation professionnelle, le texte prévoit que « vaut justification de l'exposition à l'amiante la reconnaissance d'une maladie professionnelle occasionnée par l'amiante au titre de la législation française de sécurité sociale ou d'un régime assimilé ou de la législation applicable aux pensions civiles et militaires d'invalidité, ainsi que le fait d'être atteint d'une maladie provoquée par l'amiante et figurant sur une liste établie par arrêté des ministres chargés du travail et de la sécurité sociale » (article 53, III, alinéa 4).

La Cour de cassation a été confrontée à des difficultés concernant le domaine de cette présomption et sa force.

Il a d'abord été jugé que la présomption d'imputabilité de la maladie professionnelle à une exposition à l'amiante était irréfragable, la commission d'examen des situations d'exposition à l'amiante étant alors sans compétence pour donner l'avis qui est normalement de son office (2e Civ., 21 décembre 2006, pourvoi n° 06-13.056, *Bull.* 2006, II, n° 367).

Mais, dans deux arrêts postérieurs, la deuxième chambre civile a été conduite à étendre le domaine d'application de la présomption au décès, en retenant que la prise en charge de la maladie au titre de la législation professionnelle faisait présumer le lien de causalité entre l'exposition à l'amiante, la maladie et le décès (2e Civ., 25 octobre 2007, pourvoi n° 06-21.392, *Bull.* 2007, II, n° 242 ; 2e Civ., 8 janvier 2009, pourvoi n° 08-12.376, *Bull.* 2009, II, n° 6).

La force de la présomption posait alors un problème dans la mesure où, si le lien de causalité entre l'exposition à l'amiante et la maladie pouvait demeurer irréfragable, celui entre la maladie et le décès ne pouvait être que simplement présumé. La victime atteinte d'une maladie imputable à une exposition à l'amiante pouvant à l'évidence décéder d'une tout autre cause, le FIVA doit alors être recevable à rapporter la preuve d'une telle cause.

La présomption attachée aux effets de la décision de prise en charge au titre de la législation professionnelle ne pouvant être divisée, la deuxième chambre civile a donc infléchi sa jurisprudence en retenant que la présomption établissant le lien de causalité entre l'exposition à l'amiante et « la maladie ou le décès » était une présomption simple, susceptible de preuve contraire (2e Civ., 7 mai 2009, pourvoi no 08-13.591, *Bull.* 2009, II, no 118), notamment par la production de l'avis de la commission d'examen des situations d'exposition à l'amiante.

§ 3. Présomption de maladie professionnelle

Par opposition à l'accident du travail qui suppose, en principe, l'action soudaine d'un agent extérieur ou encore la survenance d'un événement à une date certaine (Soc., 5 mars 1970, pourvoi no 68-14.382, *Bull.* 1970, V, no 172 ; *D.* 1970, p. 621, note J.-J. Dupeyroux ; *Dr. soc.* 1970, p. 471, commentaire R. Jambu-Merlin), la maladie professionnelle est un phénomène plus ou moins lent, tel qu'une intoxication progressive sous l'effet répété de certaines substances ou émanations, ou une pathologie résultant d'agents physiques auxquels ses activités professionnelles exposent de façon habituelle le salarié (Ass. plén., 21 mars 1969, pourvoi no 66-11.181, *Bull.* 1969, Ass. plén., no 3 ; Soc., 18 avril 1991, pourvoi no 88-20.445, *Bull.* 1991, V, no 210). Cette différence fondamentale de définition entre l'accident du travail et la maladie professionnelle explique la différence majeure dans le régime de la preuve de chacun de ces risques professionnels.

La prise en charge des maladies professionnelles s'inscrit, principalement, dans le cadre des tableaux des maladies professionnelles (A) et, à titre complémentaire, dans le cadre d'une expertise individuelle (B).

A. Présomption résultant de l'inscription de la maladie dans un tableau de maladies professionnelles

L'article L. 461-1 du code de la sécurité sociale pose une présomption d'origine professionnelle au bénéfice de toute maladie désignée dans un tableau de maladies professionnelles et contractée dans les conditions mentionnées à ce tableau. Ce dernier précise la nature des travaux susceptibles de provoquer la maladie, énumère les affections provoquées et le délai, apprécié de façon particulièrement souple par la jurisprudence (S. Fantoni-Quinton, « Le délai d'instruction des maladies professionnelles : vers une banalisation de son contournement ? », *RD sanit. soc.* no 2, 13 mars 2009, p. 345 ; M. Voxeur, « Accidents du travail et maladies professionnelles, quels délais pour décider de la reconnaissance ? », *JCP* 2011, éd. S, 1103 ; C. Zacharie, « La procédure de reconnaissance des accidents du travail et maladies professionnelles. À propos du décret no 2009-938 du 29 juillet 2009 », *Dr. soc.* 2010, p. 1191) dans lequel la maladie doit être constatée après la cessation de l'exposition du salarié au risque identifié pour être prise en charge.

Lorsque la demande de la victime réunit ces conditions, la maladie est présumée d'origine professionnelle, sans que la victime ait à prouver le lien de causalité entre son affection et son travail : la seule exposition au risque suffit à faire jouer la présomption (Soc., 19 juillet 2001, pourvoi no 99-20.214, *Bull.* 2001, V, no 286 ; sur le régime de la présomption découlant des tableaux, voir également, CE, 10 juin 1994, no 130300, publié au *Recueil Lebon* ; CE, 16 mai 2001, no 222313, no 222505, no 222506, mentionné aux tables du *Recueil Lebon* ; CE, 1er juillet 2009, no 313243, *RJS* décembre 2009,

n° 977 ; CE, 10 mars 2010, n° 322824, *RJS* juin 2010, n° 557). Il s'agit d'une présomption simple qui peut être renversée par la preuve que la maladie n'est pas imputable à l'activité professionnelle de la victime (voir, par exemple, Soc., 21 juillet 1986, pourvoi n° 85-10.596, *Bull.* 1986, V, n° 382).

Pour autant, la jurisprudence a retenu une acception large de cette présomption.

Le bénéfice de la présomption d'imputabilité au travail d'une maladie n'est pas subordonné au fait d'une exposition continue et permanente du salarié au risque pendant son activité professionnelle (2e Civ., 21 janvier 2010, pourvoi n° 09-12.060) ou encore, au fait que le travail habituel du salarié ait été la cause unique et essentielle de sa pathologie (2e Civ., 4 février 2010, pourvoi n° 09-11.190).

Ensuite, lorsque la victime a été exposée au risque successivement de plusieurs employeurs, la maladie est présumée, du point de vue de la tarification du risque, avoir été contractée auprès du dernier employeur, sauf à celui-ci à rapporter la preuve contraire (2e Civ., 23 octobre 2008, pourvoi n° 07-18.986 ; 2e Civ., 21 octobre 2010, pourvoi n° 09-67.494, *Bull.* 2010, II, n° 175).

Seule limite posée par la jurisprudence, la présomption d'imputabilité ne peut bénéficier qu'au salarié dont l'exposition au risque d'une maladie prévue par l'un des tableaux a revêtu un caractère habituel (Soc., 3 décembre 1998, pourvoi n° 97-14.059).

B. Établissement de la maladie professionnelle à partir d'une expertise individuelle

En complément des tableaux de maladies professionnelles, la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social a instauré une procédure de reconnaissance des maladies professionnelles fondée sur une expertise individuelle (article L. 461-1 du code de la sécurité sociale ; articles D. 461-26 à D. 461-30).

– En premier lieu, lorsque le salarié ne remplit pas toutes les conditions fixées par le tableau visé, au regard, soit du délai de prise en charge de la maladie, soit de la durée minimale d'exposition au risque, soit de la liste limitative des travaux, la maladie en cause peut toutefois être reconnue d'origine professionnelle lorsqu'il est établi qu'elle est directement causée par le travail habituel de la victime (article L. 461-1, alinéa 3, du code de la sécurité sociale). Mais la jurisprudence n'exige pas que ce travail en ait été la cause unique ou même essentielle (Soc., 19 décembre 2002, pourvoi n° 00-22.482, *Bull.* 2002, V, n° 401 ; *Dr. soc.* 2003, p. 243, obs. P. Chaumette ; 2e Civ., 8 octobre 2009, pourvoi n° 08-17.005, *Bull.* 2009, II, n° 243). Cette relation de cause à effet avec le travail habituel du salarié doit être recherchée par le comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles, dont l'avis motivé s'impose à la caisse.

– En second lieu, peut être reconnue d'origine professionnelle une maladie caractérisée, non désignée dans un tableau de maladies professionnelles, lorsqu'il est établi qu'elle est essentiellement et directement causée par le travail habituel de la victime et qu'elle entraîne le décès de celle-ci ou une incapacité permanente d'un taux évalué dans les conditions mentionnées à l'article L. 434-2 du code de la sécurité sociale et au moins égal à 25 % (article L. 461-1, alinéa 4, du code de la sécurité sociale ; article R. 461-8). Ce décès ou cette « maladie gravement invalidante » (J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 17e éd., 2011, n° 868) peut être reconnu(e)

d'origine professionnelle et ouvrir droit à réparation s'il est établi qu'il ou elle a été « essentiellement et directement causé [e] par le travail habituel de la victime » (article L. 461-1, alinéa 4, du code de la sécurité sociale). Dans ce cas, d'autres causes à l'origine de la maladie constituent un obstacle à sa reconnaissance comme maladie professionnelle, notamment lorsque le salarié souffre d'antécédents médicaux, tandis que dans celui visé par l'article L. 461-1, alinéa 3, du code de la sécurité sociale, il suffit, de façon plus large, que la maladie soit directement causée par le travail, même s'il existe d'autres facteurs de maladie (Soc., 19 décembre 2002, précité).

Ces dispositions permettent de la sorte, de la déclaration de la maladie professionnelle aux dispositions contentieuses, de faire profiter les victimes du mécanisme protecteur de réparation des risques professionnels.

Section 4 – En matière pénale et douanière

En matière pénale, les présomptions les plus remarquables sont celles qui, au rebours de la présomption d'innocence, permettent de présumer la culpabilité de personne poursuivie. Celles-ci existent notamment s'agissant des infractions aux règles de la circulation routière (§ 1) et en matière douanière (§ 2).

§ 1. Présomption de responsabilité en matière de circulation (au pénal)

Même en matière routière, nul n'est pénalement responsable que de son propre fait.

Ce principe fondamental s'accommode mal des nécessités de la répression de la délinquance routière, le conducteur étant souvent impossible à identifier et pouvant être tenté, pour échapper à une peine et, désormais, à la perte automatique des points de son permis de conduire, d'invoquer à son profit l'obligation faite à la partie poursuivante d'apporter la preuve de l'infraction.

C'est pourquoi la loi n° 72-5 du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contravention a introduit dans le code de la route le mécanisme d'une responsabilité pécuniaire de plein droit du propriétaire du véhicule, titulaire du certificat d'immatriculation.

Encore cette responsabilité pécuniaire, *infra*-pénale, ne joue-t-elle qu'en matière contraventionnelle, et pour certaines infractions au code de la route seulement, dont la liste a été étendue par plusieurs lois successives.

L'article L. 121-2 du code de la route actuel vise ainsi les infractions à la réglementation sur le stationnement, l'article L. 121-3 la réglementation sur les vitesses maximales autorisées, le respect des distances de sécurité entre les véhicules, l'usage de voies et chaussées réservées à certaines catégories de véhicules et les signalisations imposant l'arrêt.

Le régime de cette responsabilité pécuniaire est complexe. Il repose sur un système de présomption légale d'imputabilité de l'infraction, en opérant un renversement de la charge de la preuve : la loi dispose qu'il incombe au titulaire du certificat d'immatriculation, au locataire du véhicule, à son acquéreur ou encore au représentant légal de la personne morale qui en est le propriétaire, d'établir, pour échapper à l'amende, l'existence d'un cas de force majeure ou bien, en matière de stationnement, de fournir

des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction et, dans les autres cas, de se disculper.

Le contentieux routier étant particulièrement abondant, le seul article L. 121-3 a déjà fait l'objet de quatre questions prioritaires de constitutionnalité. La chambre criminelle a dit n'y avoir lieu à les renvoyer au Conseil constitutionnel (Crim., 5 janvier 2011, QPC n° 10-90.113 et QPC n° 10-90.112 ; Crim., 22 juin 2011, QPC n° 11-90.053 ; Crim., 3 janvier 2012, QPC n° 11-83.953), en s'appuyant sur la jurisprudence développée par celui-ci, dont il résulte notamment qu'il s'attache un intérêt à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions (Cons. const., 29 septembre 2010, décision n° 2010-40 QPC, M. Thierry B. [annulation du permis de conduire]) et qu'à titre exceptionnel, il a la faculté d'instituer une présomption de culpabilité en matière répressive, dès lors qu'elle ne revêt pas un caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité (Cons. const., 10 juin 2009, décision n° 2009-580 DC, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet).

§ 2. Présomption de culpabilité en matière douanière

Les articles 392 à 397 du code des douanes énumèrent les diverses catégories de personnes qui sont « réputées » responsables de la fraude. Il s'agit des détenteurs de marchandises de fraude (article 392), des capitaines de navires et commandants d'aéronefs (article 393), des déclarants (article 395), des commissionnaires en douanes agréés (article 396), des soumissionnaires (article 397).

L'article 399 du code des douanes définit quant à lui les personnes « réputé[e]s intéressé[e]s » à la fraude, passibles des mêmes peines que les auteurs de l'infraction.

Les différentes présomptions de responsabilité posées par ces articles sont liées à la qualité ou au comportement de la personne. Ainsi, pour exemple, les commissionnaires en douanes sont présumés responsables des opérations en douanes effectuées par leurs soins en raison de la garantie qu'ils sont censés apporter en qualité de professionnels agréés, leur mission ne se limitant pas seulement à exécuter les instructions de leurs mandants, mais à se livrer à toutes les vérifications nécessaires pour en contrôler la régularité.

Ces présomptions sont exclusives dans la mesure où seules les personnes limitativement énumérées aux articles 392 à 397 du code des douanes peuvent voir leur responsabilité pénale engagée pour une contravention ou un délit douanier. La juridiction répressive ne peut condamner une personne sans qualifier son comportement au regard de l'un des articles précités. La chambre criminelle a ainsi jugé qu'encourt la censure l'arrêt qui, pour condamner les prévenus au paiement de la taxe prévue à l'article 265 ter, § 2, du code des douanes, se borne à relever que ces derniers ont adhéré à la fraude, sans qualifier leur comportement au regard des articles 392 à 397 du code des douanes (Crim., 4 septembre 2002, pourvoi n° 01-84.011, *Bull. crim.* 2002, n° 157).

Il s'agit de présomptions simples. Depuis l'abrogation par la loi n° 87-502 du 8 juillet 1987 dite « Aicardi » modifiant les procédures fiscales et douanières de l'article 369, 2, du code des douanes, qui prévoyait que « les tribunaux ne peuvent relaxer les contrevenants pour défaut d'intention », le prévenu sur lequel pèse une présomption de culpabilité peut la combattre en établissant sa bonne foi, ce principe s'appliquant aux contraventions

comme aux délits douaniers (Crim., 20 février 1997, pourvoi n° 95-84.764, *Bull. crim.* 1997, n° 73). Il convient néanmoins d'insister sur le fait qu'il appartient au seul prévenu de rapporter cette preuve. La chambre criminelle juge en effet que n'encourt pas la censure l'arrêt qui, pour déclarer la prévention établie, se borne à relever les éléments matériels de l'infraction douanière reprochée sans rechercher l'intention délictuelle des prévenus, dès lors que ceux-ci « ne démontraient ni même n'alléguaient avoir agi de bonne foi » (Crim., 7 mars 1996, pourvoi n° 94-84.553, *Bull. crim.* 1996, n° 108).

L'appréciation de la bonne foi relève du pouvoir souverain des juges du fond (Crim., 1er octobre 1990, pourvoi n° 89-85.326, *Bull. crim.* 1990, n° 324), mais la chambre criminelle contrôle strictement la motivation des juges du fond sur ce point et censure les décisions de relaxe qui ne constatent pas que le prévenu a rapporté la preuve de sa bonne foi. Elle a ainsi jugé que ne justifie pas sa décision la cour d'appel qui, pour relaxer du chef d'importation sans déclaration de marchandises prohibées le chauffeur d'un camion dans lequel ont été trouvés plus de 200 kg de cannabis dissimulés dans les pneus, relève que la relaxe du prévenu, au bénéfice du doute, du chef d'infraction à la législation sur les stupéfiants, ainsi que sa totale collaboration à l'enquête, impliquent qu'il n'était pas de mauvaise foi (Crim., 5 octobre 2005, pourvoi n° 05-80.758, *Bull. crim.* 2005, n° 252). De même, encourt la censure, pour insuffisance de motifs, la cour d'appel qui, pour relaxer un prévenu poursuivi pour avoir établi et fait usage de fausses déclarations d'origine ayant pour effet d'éluder une mesure de prohibition et le paiement des droits antidumping, après avoir tenu pour acquises la matérialité des faits et l'invalidité des certificats d'origine, ne caractérise, autrement que par des motifs généraux, inopérants, la bonne foi qu'invoquait le prévenu, sans constater les diligences qu'il aurait effectuées pour s'assurer que toutes les conditions d'octroi du tarif préférentiel avaient été respectées (Crim., 15 juin 2005, pourvoi n° 04-86.190).

La Cour de cassation a jugé que les présomptions de responsabilité posées par les articles 392 à 400 du code des douanes ne sont pas contraires à l'article 6 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Crim., 10 février 1992, pourvoi n° 90-83.278, *Bull. crim.* 1992, n° 62, s'agissant de la présomption de responsabilité pesant sur les commissionnaires en douanes), ni aux principes constitutionnels de la présomption d'innocence et de la légalité des infractions et des peines. À l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 399 du code des douanes, la chambre criminelle a énoncé que dans le respect du principe de la légalité des délits et des peines, ledit article « n'institue qu'une présomption simple, justifiée par la nature particulière des délits douaniers et reposant sur une vraisemblance raisonnable, tenant à la situation de la marchandise, telle que définie par la loi douanière et à la qualité de la personne, physique ou morale, participant aux opérations douanières, l'imputabilité des faits étant appréciée, dans chaque cas, par une juridiction indépendante et impartiale » (Crim., 21 septembre 2011, pourvoi n° 11-81.535 ; voir également, à propos de la présomption de responsabilité pesant sur les détenteurs : Crim., 1er juin 2011, pourvoi n° 11-90.024).

La chambre criminelle donne une interprétation large des diverses notions permettant d'identifier les personnes présumées responsables de la fraude.

La notion de détenteur de la marchandise, au sens de l'article 392 du code des douanes, ne se confond pas avec celle de propriétaire. Elle englobe non seulement celui qui détient physiquement la marchandise, mais aussi les personnes qui, procédant à

l'exportation ou à l'importation de la marchandise, doivent effectuer la déclaration en détail de celle-ci (Crim., 29 mai 1997, pourvoi n° 95-85.759, *Bull. crim.* 1997, n° 214; Crim., 9 octobre 1997, pourvoi n° 96-82.276, *Bull. crim.* 1997, n° 330). Cette notion inclut également la personne à qui incombe, à un titre quelconque, la surveillance d'un lieu. Ainsi, la personne qui a la jouissance d'un terrain est *ipso facto* détentrice des marchandises qui s'y trouvent, même si le terrain n'est pas clôturé et que l'intéressé ne sait pas que la marchandise s'y trouve (Crim., 18 novembre 1975, pourvoi n° 74-93.181, *Bull. crim.* 1975, n° 249). Le propriétaire d'un véhicule est également détenteur des marchandises de fraude placées là, même s'il ne se trouve pas à son bord, sauf s'il a été dépossédé de celui-ci en raison d'un vol (Crim., 28 mars 1966, pourvoi n° 65-92.117, *Bull. crim.* 1966, n° 119).

De la même façon, la chambre criminelle donne une interprétation extensive de la notion de coopération à un plan de fraude, visée à l'article 399, 2, b, du code des douanes. Il n'est pas imposé à la partie poursuivante d'apporter la preuve que le prévenu a coopéré à l'ensemble des actes constituant le plan de fraude (Crim., 12 novembre 1985, pourvoi n° 84-93.963, *Bull. crim.* 1985, n° 350), ni qu'il a lui-même détenu ou transporté l'objet de la fraude (Crim., 6 janvier 2000, pourvoi n° 98-86.718), ni même qu'il a retiré un profit personnel de l'opération (Crim., 6 août 1996, pourvoi n° 95-84.545, *Bull. crim.* 1996, n° 304).

Chapitre 2 – Présomptions prétoriennes

Des présomptions peuvent être créées par le juge, notamment en matière civile et commerciale (section 1), en droit du travail (section 2) et en matière pénale (section 3).

Section 1 – En matière civile et commerciale

Trois présomptions d'origine prétorienne méritent d'être présentées, une très générale relative à l'absence d'intention libérale de celui qui paye la dette d'autrui (§ 1), les deux autres plus spécifiques, la première portant sur le mandat de représentation à l'égard des coassureurs de la société apéritrice (§ 2) et enfin la présomption d'utilité publique des fonds affectés à une mission diplomatique (§ 3).

§ 1. Paiement de la dette d'autrui

La Cour de cassation a longtemps admis « que le tiers qui, sans y être tenu, a payé la dette d'autrui de ses propres deniers, a, bien que non subrogé aux droits du créancier, un recours contre le débiteur », qui « a sa cause dans le seul fait du paiement, générateur d'une obligation nouvelle distincte de celle éteinte par ledit paiement » (1re Civ., 15 mai 1990, pourvoi n° 88-17.572, *Bull.* 1990, I, n° 106).

Cette solution a été critiquée par la doctrine qui déduisait de l'article 1236 du code civil que l'auteur du paiement, non subrogé dans les droits du créancier, devait être considéré comme animé par une intention libérale, sauf à démontrer le contraire (voir, sur cette question, P. Delebecque, « Conditions dans lesquelles le tiers qui paye

la dette d'autrui peut exercer un recours contre le débiteur, bien que non subrogé dans les droits du créancier », *D.* 1992, p. 407 ; J. Mestre, « Le paiement de la dette d'autrui », *RTD civ*. 1993, p. 130).

La Cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence dans un arrêt du 2 juin 1992 (1re Civ., 2 juin 1992, pourvoi no 90-19.374, *Bull.* 1992, I, no 167), qui pose en principe « qu'il incombe à celui qui a sciemment acquitté la dette d'autrui, sans être subrogé dans les droits du créancier, de démontrer que la cause dont procédait ce paiement impliquait, pour le débiteur, l'obligation de lui rembourser les sommes ainsi versées ».

Le renversement de la présomption d'intention libérale ne suffit pas à donner un fondement à l'action en remboursement (1re Civ., 3 février 2010, pourvoi no 08-14.516 ; 1re Civ., 9 février 2012, pourvoi no 10-28.475, *Bull*. 2012, I, no 25).

L'arrêt précité du 9 février 2012 censure une cour d'appel qui, pour accueillir une action en paiement, s'était bornée à retenir que l'intention libérale de l'auteur du paiement n'était pas démontrée. Il appartient en effet au *solvens* d'établir que le paiement procède soit d'un mandat, soit d'une gestion d'affaires (1re Civ., 12 janvier 2012, pourvoi no 10-24.512, *Bull.* 2012, I, no 4 ; C. Creton, « Paiement de la dette d'autrui : action en remboursement de l'auteur du paiement contre le débiteur », *D*. 2012, p. 639-640).

§ 2. Présomption de mandat de représentation de la société apéritrice à l'égard des coassureurs

Le mécanisme de la coassurance permet, en cas de risque important, de conclure une police unique avec plusieurs assureurs qui se répartissent la charge de ce risque dans une proportion préalablement définie dans la police. Dans un souci pratique, l'un des assureurs, désigné sous les termes d'apériteur ou de société apéritrice, assume un rôle de « chef de file » dans la négociation du contrat avec le souscripteur, la perception de la prime et la gestion des sinistres.

De la spécificité du fonctionnement de la coassurance est né un débat sur les pouvoirs de représentation de la société apéritrice : un assuré peut-il lui réclamer le paiement de la totalité de l'indemnité, notamment en cas de défaillance de l'un des coassureurs ? L'action engagée à l'égard de la société apéritrice a-t-elle un effet interruptif de prescription à l'égard des autres assureurs ? Dans quelles conditions l'apériteur peut-il représenter la coassurance en justice ? Sur ces questions, la jurisprudence a été fluctuante. La Cour de cassation a d'abord affirmé que « sauf convention contraire expresse, l'apériteur représente l'ensemble des coassureurs » (1re Civ., 18 mars 1997, pourvoi no 95-15.119, *Bull.* 1997, I, no 98), ce qui revenait à instituer une présomption de représentation attachée de plein droit à la coassurance qui ne pouvait être combattue que par une stipulation contraire stipulée dans la police. La Cour de cassation a ensuite opéré un revirement de jurisprudence en censurant un arrêt qui, pour condamner l'apériteur au paiement de la totalité de l'indemnité d'assurance, s'était fondé sur l'existence d'une présomption de représentation. L'arrêt est cassé pour manque de base légale au regard des articles 1134 et 1984 du code civil, les juges du fond ayant omis de « caractériser, sur le fondement des énonciations de la police, ou par d'autres circonstances, l'existence d'un mandat en vertu duquel ce coapériteur aurait été investi du pouvoir de représenter les autres coassureurs, tant activement que passivement, dans toutes les obligations du contrat et, notamment dans celle de régler les sinistres »

(1re Civ., 14 novembre 2001, pourvoi no 99-10.029, *Bull.* 2001, I, no 273). Cette solution, qui consacre l'application du droit commun en matière de preuve de l'existence et de l'étendue du mandat confié à la société apéritrice par ses partenaires, a été confirmée dans un arrêt du 18 janvier 2006 (2e Civ., 18 janvier 2006, pourvoi no 04-15.907). Dans une espèce où se posait la question du pouvoir de représentation en justice d'une société apéritrice qui, après avoir indemnisé intégralement l'assuré sans opposition des coassureurs, avait introduit une demande de réparation contre le responsable du sinistre et son assureur, la Cour de cassation, infléchissant sa position, a retenu que « la société apéritrice est présumée être investie d'un mandat général de représentation dès lors qu'aucun des coassureurs ne le conteste » (2e Civ., 28 mai 2009, pourvoi no 08-12.315, *Bull.* 2009, II, no 130). Toutefois, la portée pratique d'une telle présomption apparaît limitée aux rapports entre la société apéritrice et les tiers, dès lors qu'une simple contestation des coassureurs est suffisante pour la renverser et qu'il n'est pas nécessaire qu'une clause contraire soit mentionnée dans la police.

La société apéritrice se trouve ainsi pour tous les actes qu'elle accomplit sans contestation des coassureurs dans une situation comparable à celle de l'indivisaire qui, lorsqu'il prend en main la gestion des biens indivis au vu et au su des autres et néanmoins sans opposition de leur part est censé avoir reçu un mandat tacite couvrant les actes d'administration à l'exception des baux.

§ 3. Présomption d'utilité publique des fonds affectés à une mission diplomatique

En droit international privé, la première chambre civile de la Cour de cassation pose dans l'arrêt du 28 septembre 2011 (1re Civ., 28 septembre 2011, pourvoi no 09-72.057, *Bull.* 2011, I, no 153 ; *D.* no 35, 13 octobre 2011, Actu., p. 2412 ; *JCP* éd. E, 31 mai 2012, 1349, p. 22, obs. J. Stoufflet, P. Chevalier et R. Le Cotty) une présomption s'agissant de l'affectation des fonds de l'ambassade ou de la mission diplomatique.

La Cour de cassation pose comme principe, par référence au droit international coutumier, que « les fonds affectés aux missions diplomatiques bénéficient d'une présomption d'utilité publique » et que « les comptes bancaires d'une ambassade sont présumés être affectés à l'accomplissement des fonctions de la mission diplomatique ».

Le professeur H. Gaudemet-Tallon (*RCDIP* no 1, 24 mai 2012, p. 124) approuve cette solution, en faisant observer que l'ambassade n'a pas pour seule vocation de défendre la souveraineté de l'État accréditant, et qu'elle a aussi pour mission de servir de façon générale ses intérêts tant culturels que commerciaux, ce qui correspond à une conception large du rôle des missions diplomatiques, laquelle figurait expressément à l'article 3 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961.

Précédemment, dans l'arrêt Eurodif (1re Civ., 14 mars 1984, pourvoi no 82-15.619, *Bull.* 1984, I, no 93, B. Ancel, Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5e éd., 2006, no 65-66 ; P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, 10e éd., 2010, no 326-327), la Cour de cassation avait affirmé que l'immunité d'exécution dont jouit l'État est de principe, mais elle peut être exceptionnellement écartée, il en est ainsi lorsque le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice. Plus récemment, dans un arrêt du 25 janvier 2005 (1re Civ., 25 janvier 2005, pourvoi

n° 03-18.176, *Bull.* 2005, I, n° 39 ; *D.* 2005, p. 616, avis de J. Sainte-Rose, avocat général ; *RCDIP* 2006, p. 23, note H. Muir Watt), la Cour de cassation a estimé que l'acquisition de biens immobiliers par l'État du Congo « fussent-ils affectés au logement de son personnel diplomatique » était « une opération habituelle de gestion relevant du droit privé » et ne pouvait donc bénéficier de l'immunité d'exécution. La solution a été reprise par la Cour à propos de l'immunité de juridiction (1re Civ., 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-14.199, *Bull.* 2006, I, n° 411 ; *JCP* éd. G, 2006, IV, 3002).

La Cour de cassation réserve, avec l'arrêt du 28 septembre 2011, la preuve contraire d'une présomption d'utilité publique en affirmant qu'« en l'absence de preuve contraire, la cour d'appel n'a pu qu'en déduire, […], que les comptes […] étaient partie intégrante de la mission diplomatique ». Il s'agit d'une présomption simple. Le créancier pourra combattre la présomption d'utilité publique en rapportant la preuve que les avoirs bancaires ne sont pas affectés à des dépenses d'utilité publique et, qu'en conséquence, ils ne sont pas couverts par l'immunité d'exécution.

Certains auteurs font observer que le créancier aura de grandes difficultés à établir que les fonds figurant sur des comptes bancaires de l'ambassade sont en réalité affectés à une activité purement commerciale (G. Cuniberti, *JDI* n° 2, avril 2012, comm. 9 ; F.-J. Crédot, T. Samin, *Revue de droit bancaire et financier* n° 3, mai 2012, comm. 74 « Comptes bancaires d'une ambassade » ; M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ, 3e éd., 2011 ; H. Gaudemet-Tallon, *RCDIP* 2012, précité).

Section 2 – En droit du travail

En droit du travail, l'identification de la convention collective applicable (§ 1) et la qualification du contrat (§ 2) ont pu donner lieu à des présomptions dont la première a diminué d'intensité alors que la seconde paraît avoir pris de l'importance.

§ 1. Présomption tirée de la mention d'une convention collective sur un bulletin de paie

Jusqu'en 2007, la chambre sociale jugeait que la mention d'une convention collective sur le bulletin de paie valait reconnaissance de l'application de la convention collective à l'entreprise dans les relations individuelles de travail (Soc., 18 novembre 1998, pourvoi n° 96-42.991, *Bull.* 1998, V, n° 499) et donnait à cette présomption un caractère irréfragable.

Sur ce dernier point, la jurisprudence de la chambre sociale se trouvait en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (devenue Cour de justice de l'Union européenne) qui, tout en admettant la présomption, lui donnait un caractère de présomption simple (CJCE, 4 décembre 1997, Kampelmann e. a./Landschaftsverband Westfalen-Lippe e. a., n° C-253/96).

Par deux arrêts du 15 novembre 2007 (pourvoi n° 06-44.008, *Bull.* 2007, V, n° 191 et pourvoi n° 06-43.383), la chambre sociale a mis sa jurisprudence en conformité avec celle de la Cour de justice en décidant que l'employeur est admis à apporter la preuve contraire à la présomption découlant de la mention d'une convention collective sur le bulletin de paie.

Le salarié peut donc, *a priori*, se prévaloir de la convention collective mentionnée sur son bulletin de paie. Mais l'employeur peut rapporter la preuve de ce que la convention collective réellement applicable n'est pas celle mentionnée, cette mention résultant par exemple d'une erreur (Soc., 15 novembre 2007, pourvoi n° 06-44.008, précité).

§ 2. Présomption tirée de l'apparence de contrat

Alors que le droit commun de la preuve des actes juridiques consacre en principe un système de préconstitution de la preuve par la confection d'un écrit, la preuve de l'existence d'un contrat de travail (sauf dispositions spécifiques pour certains contrats particuliers) peut être rapportée par tous moyens, ce qui s'explique par le fait que la preuve à faire n'est pas celle d'un acte juridique prenant la forme d'un écrit, qui n'existe pas nécessairement, mais celle d'une situation de fait, en l'occurrence l'exercice d'une activité salariée sous la dépendance d'un employeur.

Comme l'indiquent de très nombreux arrêts (voir, par exemple, Soc., 4 avril 2012, pourvoi n° 10-28.818), « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ».

C'est en principe à celui qui se prévaut de l'existence d'un contrat de travail d'en rapporter la preuve (Soc., 21 juin 1984, pourvoi n° 82-42.409, *Bull.* 1984, V, n° 264 ; Soc., 10 juin 2008, pourvoi n° 07-42.165, *Bull.* 2008, V, n° 127), sauf application des présomptions légales de salariat instituées notamment pour les journalistes professionnels (article L. 7112-1 du code du travail), les artistes du spectacle (article L. 7121-3 du code du travail), les mannequins (article L. 7123-3 du code du travail), les voyageurs représentants placiers (VRP) (article L. 7313-1 du code du travail).

Mais, en présence d'un contrat de travail écrit, il appartient à celui qui en conteste la réalité de démontrer son caractère fictif (Soc., 18 juin 1996, pourvoi n° 92-44.296, *Bull.* 1996, V, n° 245 ; Soc., 3 mai 2012, pourvoi n° 10-25.909).

L'apparence d'un contrat de travail ne résulte pas nécessairement de l'existence d'un contrat écrit. Elle peut aussi trouver sa source dans diverses circonstances, par exemple :
– le paiement d'une rémunération attesté par des bulletins de paie (Soc., 23 mars 2011, pourvoi n° 09-70.416 ; Soc., 16 mai 2012, pourvoi n° 10-26.681) ;
– l'inscription d'une personne sur le registre du personnel (Soc., 11 octobre 2000, pourvoi n° 98-44.715) ;
– la délivrance par l'employeur d'une attestation pour l'assurance chômage aux termes de laquelle il déclarait avoir employé le salarié pendant une certaine période et l'avoir licencié pour motif personnel (Soc., 10 mai 2012, pourvoi n° 11-18.681, *Bull.* 2012, V, n° 136).

Dans toutes les hypothèses susceptibles d'établir l'existence d'une apparence de contrat de travail, c'est à celui qui en conteste la réalité d'en rapporter la preuve (voir, parmi de nombreux autres exemples, Soc., 7 novembre 2001, pourvoi n° 99-46.036 : « En présence d'un contrat de travail apparent, il appartient à celui qui invoque son caractère fictif d'en apporter la preuve »).

Section 3 – En matière pénale

En matière pénale, s'agissant de l'abus de biens sociaux (§ 1) comme de la diffamation (§ 2), la jurisprudence a créé des présomptions de nature à faciliter l'établissement des infractions.

§ 1. Abus de biens sociaux : présomption de l'usage des biens dans l'intérêt personnel du dirigeant en cas de prélèvement occulte

L'article L. 242-6, 3°, du code de commerce incrimine le délit d'abus de biens sociaux au sein des sociétés anonymes comme étant le fait pour « le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ».

La caractérisation de ce délit nécessite que soit établi, outre un élément matériel – un acte contraire à l'intérêt de la société –, un élément intentionnel qui se dédouble en un dol général (mauvaise foi) et en un dol spécial à savoir que l'auteur de l'infraction a agi à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement. En exigeant la preuve de ce dol spécial, le législateur a entendu soustraire à la répression le dirigeant imprudent ou négligent mais non intéressé.

La chambre criminelle contrôle que les juridictions du fond ont établi l'existence de ce dol spécial pour entrer en voie de condamnation. Ainsi, encourt la cassation, pour défaut de motifs, la cour d'appel qui déclare le dirigeant d'une société coupable d'abus de biens sociaux, sans rechercher si ce dirigeant avait pris un intérêt personnel direct ou indirect dans le règlement des fausses factures qu'il a accepté d'effectuer (Crim., 1er mars 2000, pourvoi no 98-86.353, *Bull. crim*. 2000, no 101). La chambre criminelle a également jugé qu'une cour d'appel ne saurait se borner à relever que le dirigeant social a rémunéré le responsable d'une société contractante pour un emploi fictif et fait supporter à sa société les frais de remise en état du véhicule personnel de ce dernier, sans rechercher si le prévenu avait pris un intérêt personnel direct ou indirect en employant fictivement ce tiers et en réglant les frais de remise en état de son véhicule (Crim., 5 mai 2004, pourvoi no 03-82.535).

La charge de la preuve de l'intérêt personnel pris par le dirigeant incombe au ministère public. Conformément au droit commun de la preuve en matière pénale, cette preuve peut être rapportée par tous moyens. Elle est néanmoins difficile à établir dans les hypothèses où la destination finale des fonds détournés demeure inconnue. Pour mettre fin à cette difficulté, dans un arrêt du 11 janvier 1996 (Crim., 11 janvier 1996, pourvoi no 95-81.776, *Bull. crim*. 1996, no 21), la chambre criminelle a énoncé que « s'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, les fonds sociaux prélevés de manière occulte par un dirigeant social l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel ». En l'espèce, le gérant de fait d'une société ayant pour objet l'exploitation d'un hôtel avait constitué une « caisse noire » alimentée par une partie des recettes du bar et du restaurant de l'établissement. Une expertise avait permis d'établir que 25 % des sommes ainsi soustraites de la comptabilité avaient servi à rémunérer des employés non déclarés. L'utilisation des sommes restantes était inconnue. Pour

entrer en voie de condamnation et répondre à l'argumentation du prévenu qui arguait de l'absence de preuve d'utilisation à des fins personnelles des sommes détournées, la cour d'appel avait énoncé que faute de justification de son emploi, le surplus, prélevé par le prévenu, avait été utilisé par ce dernier à des fins personnelles. La chambre criminelle a approuvé cette motivation et posé une présomption d'usage à des fins personnelles des biens prélevés de manière occulte. Cette présomption se justifie dès lors qu'au sein des sociétés le seul fait de prélever des fonds de manière occulte constitue en lui-même un acte illicite.

La charge de la preuve qui incombe au ministère public est ainsi allégée. Ce dernier n'a pas à rechercher l'utilisation finale des sommes détournées, mais seulement à établir l'existence de prélèvements occultes, à charge pour le dirigeant, s'il entend renverser la présomption, de rapporter la preuve que les fonds ainsi prélevés de façon occulte l'ont été dans le seul intérêt de la société.

La jurisprudence du 11 janvier 1996 précitée a été par la suite confirmée à de nombreuses reprises (Crim., 20 juin 1996, pourvoi n° 95-82.078, *Bull. crim*. 1996, n° 271 ; Crim., 14 mai 1998, pourvoi n° 97-82.442 ; Crim., 9 juillet 1998, pourvoi n° 97-80.511 ; Crim., 27 mars 2002, pourvoi n° 01-84.195) et étendue à l'hypothèse d'une cession occulte de biens sociaux (Crim., 24 septembre 2008, pourvoi n° 08-80.872, *Bull. crim*. 2008, n° 196) : dans cette espèce, le stock de marchandises d'une société avait disparu sans que puissent être établies sa destination finale et notamment son appropriation par la gérante de la société, cette dernière soutenant qu'elle avait renvoyé ces marchandises à son fournisseur.

§ 2. Présomption de mauvaise foi et preuve du fait justificatif de bonne foi en matière de diffamation

Conformément à l'article 29, alinéa 1er, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation ».

Comme tout délit, la diffamation est constituée d'un élément légal, d'un élément matériel et d'un élément intentionnel.

La Cour de cassation décide cependant, de manière constante, que les imputations diffamatoires sont réputées de droit faites avec l'intention de nuire (Crim., 16 décembre 1986, pourvoi n° 85-96.064, *Bull. crim*. 1986, n° 374 ; 12 juin 1987, pourvoi n° 86-90.410, *Bull. crim*. 1987, n° 247 ; 7 novembre 1989, pourvoi n° 86-90.811, *Bull. crim*. 1989, n° 403 ; 29 novembre 1994, pourvoi n° 92-85.281, *Bull. crim*. 1994, n° 382 ; 16 mai 1995, pourvoi n° 93-83.690, *Bull. crim*. 1995, n° 175 ; 22 octobre 2002, pourvoi n° 01-88.338 ; 4 décembre 2007, pourvoi n° 06-87.444, *Bull. crim*. 2007, n° 301). La mauvaise foi de l'auteur de la diffamation est donc présumée, les termes employés étant par nature lésionnaires (voir déjà, en ce sens : Crim., 15 janvier 1869, *D.P.* 1869, I, 380).

Cette présomption de mauvaise foi a été contestée par les plaideurs tant sur le terrain de la conventionnalité que sur celui de la constitutionnalité.

À cet égard, la chambre criminelle de la Cour de cassation a d'abord jugé que « le principe selon lequel l'intention de nuire est attachée de plein droit aux imputations diffamatoires n'est pas incompatible avec les dispositions […] des articles 6 et 10 de

la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, lesquelles ne mettent pas obstacle aux présomptions de droit ou de fait en matière pénale, dès lors qu'il est possible d'apporter la preuve contraire et que les droits de la défense sont assurés» (Crim., 16 mars 1993, pourvoi n° 91-81.819, *Bull. crim*. 1993, n° 115). Il répond ainsi aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle l'article 6 § 2 «ne se désintéresse […] pas des présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives. Il commande aux États de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense» (CEDH, 7 octobre 1988, Salabiaku c. France, requête n° 10519/83).

Saisie, par la suite, de questions prioritaires de constitutionnalité soutenant notamment que la présomption de mauvaise foi en matière de diffamation serait contraire à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, suivant lequel tout homme est présumé innocent, la chambre criminelle a, à trois reprises, dit n'y avoir lieu de renvoyer ces questions au Conseil constitutionnel, retenant, dans un premier temps, que «la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle tend, en réalité, non à contester la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique de la diffamation» (Crim., 31 mai 2010, pourvoi n° 09-87.578), puis, dans un deuxième temps, qu'elle «ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux, dès lors que la présomption d'imputabilité de l'élément moral de l'infraction à l'auteur des propos incriminés, qui est inhérente aux dispositions en cause, est dépourvue de tout caractère irréfragable, qu'elle ne fait pas obstacle à l'exercice des droits de la défense et ne contrevient pas au principe du procès équitable» (Crim., 21 juin 2011, pourvoi n° 11-90.046) et, en dernier lieu, que «cette question ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux, dès lors que si les imputations diffamatoires visées par la disposition légale critiquée impliquent par elles-mêmes l'intention de nuire, une telle présomption ne revêt pas un caractère irréfragable, le prévenu ayant la faculté de démontrer l'existence de circonstances particulières de nature à le faire bénéficier de la bonne foi» (Crim., 13 mars 2012, pourvoi n° 11-90.123 ; A. Lepage, *Comm. com. électr*. n° 6, juin 2012, p. 38-39). Dans ces deux dernières décisions, le raisonnement tenu par la chambre criminelle sur le plan de l'appréciation du caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité est à rapprocher de celui développé à l'occasion du contrôle de conventionnalité opéré dans l'arrêt du 16 mars 1993 précité : l'auteur des propos diffamatoires est certes présumé de mauvaise foi, mais il dispose de la faculté de rapporter la preuve de sa bonne foi, de sorte que les principes du procès équitable et de la présomption d'innocence ne sont pas méconnus.

En effet, aux côtés de l'exception de vérité prévue par l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 – laquelle suppose la démonstration de la véracité des imputations diffamatoires –, la diffamation connaît un fait justificatif d'origine prétorienne : la bonne foi (pour une présentation des faits justificatifs de la diffamation, voir *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2010, p. 282 et s.).

Par arrêt du 17 mars 2011 (pourvoi n° 10-11.784, *Bull.* 2011, I, n° 58 ; A. Lepage, *Comm. com. électr*. n° 5, mai 2011, p. 31-33), la première chambre civile de la Cour de cassation est venue rappeler, d'une part, qu'exception de vérité et bonne foi sont deux faits justificatifs distincts et, d'autre part, que la bonne foi suppose, pour être accueillie,

la réunion de quatre éléments cumulatifs : la légitimité du but poursuivi, l'absence d'animosité personnelle, la prudence et la mesure dans l'expression et, enfin, le sérieux de l'enquête (voir notamment, sur l'énoncé de ces critères : 2e Civ., 14 mars 2002, pourvoi no 99-19.239, *Bull.* 2002, II, no 41 ; 2e Civ., 8 avril 2004, pourvoi no 01-17.188, *Bull.* 2004, II, no 185 ; 1re Civ., 3 avril 2007, pourvoi no 05-21.344, *Bull.* 2007, I, no 145).

Elle a ainsi estimé qu'une cour d'appel qui, pour écarter la diffamation imputée à un syndicat, auteur d'un tract, s'est bornée à relever que celui-ci n'avait fait que porter à la connaissance des salariés, « de toute bonne foi », des faits avérés tenant à la manière dont un candidat aux élections aux fins de renouvellement des membres du comité d'établissement d'une société avait procédé au licenciement d'une employée atteinte d'une maladie grave ayant exercé son activité professionnelle au sein dudit comité pendant plus de seize années, a privé sa décision de base légale, la démonstration de la bonne foi ne pouvant résulter du simple fait d'avoir porté à la connaissance d'autrui des faits avérés – car la bonne foi n'est pas l'exception de vérité – et nécessitant de surcroît la constatation de la réunion de l'ensemble des éléments constitutifs ci-dessus énoncés.

La bonne foi permet donc à l'auteur de propos diffamatoires, dont l'intention de nuire est présumée, d'échapper à une condamnation, pour autant cependant qu'elle soit expressément invoquée et qu'elle réponde aux critères dégagés par la jurisprudence.

TITRE 2 – RISQUE DE LA PREUVE

L'attribution de la charge ou du risque de la preuve ne peut se réduire aux seules règles posées par l'article 1315 du code civil, relatif à la preuve des obligations, et l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, relatif à la présomption d'innocence.

L'attribution du fardeau de la preuve est l'objet de multiples règles de fond, complétées par le travail jurisprudentiel, pour déterminer la partie à laquelle imputer l'insuffisance des preuves produites.

Dans de très nombreux cas, les dispositions de fond permettent de déterminer simplement la partie devant supporter le risque du manque ou de l'insuffisance des preuves. Il relève de l'office du juge, lorsque l'intention du législateur quant à l'attribution de ce risque n'est pas claire, de conduire un travail interprétatif consistant à se demander sur quelle partie le législateur aurait souhaité faire reposer le fardeau probatoire.

Plusieurs directives l'aident dans cette entreprise : le respect dû aux situations acquises, la préférence à celui qui avance une prétention correspondant au cours normal des choses, l'aptitude à la preuve d'une des parties, la volonté de protéger telle ou telle catégorie de justiciables, dont l'allègement des contraintes en matière de preuve vise à corriger la situation de faiblesse dans laquelle ils sont censés se trouver à l'égard de leurs adversaires au procès.

Cette attribution du fardeau probatoire peut prendre deux formes. Dans la majeure partie des cas la règle conduit le juge à décider qu'une des parties « n'a pas établi » l'existence des faits nécessaire au succès de sa prétention. Il s'agit de la formulation la plus

classique d'attribution du risque de la preuve (chapitre 1). Dans des cas plus rares, le juge reconnaît expressément à une partie le bénéfice du doute (chapitre 2).

Chapitre 1 – Attribution du risque

Des règles conduisant à attribuer le risque de la preuve existent dans tous les champs du droit privé qu'il s'agisse de la matière civile et commerciale (section 1), du droit fiscal (section 2), du droit privé de la santé (section 3), du droit de la sécurité sociale (section 4), du droit du travail (section 5) ou du droit pénal (section 6).

Section 1 – En matière civile et commerciale

L'attribution du risque de la preuve en matière civile et commerciale porte notamment sur des questions de successions et donations (§ 1), d'assurance (§ 2), de relations locatives (§ 3) et de droit bancaire (§ 4).

§ 1. Successions et donations

Le principe selon lequel c'est à la partie qui prétend à l'existence d'une intention libérale de la prouver (A) connaît des particularités de mise en œuvre dans les rapports entre époux (B).

A. Preuve de l'intention libérale : généralités

Il appartient à celui qui invoque l'existence d'une libéralité, par exemple pour en demander le rapport à la succession, ou pour prétendre la révoquer lorsque, consentie entre époux, cela est possible, de caractériser cet acte juridique qui, aux termes de l'article 893 du code civil, consiste à disposer de ses biens « à titre gratuit » et ce, selon la rédaction du texte issue de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, « au profit d'une autre personne ».

Cela impose de rapporter la preuve de l'intention libérale ayant animé le donateur puisque, selon la formule d'un arrêt ancien, « une libéralité n'existe qu'autant qu'on rencontre chez le donateur l'intention de gratifier » (Cass. Req., 9 décembre 1913, *D.P.* 1919, I, 29). Et cela vaut aussi bien pour les libéralités consenties dans les formes légalement prévues, donation entre vifs et testaments, que pour les donations déguisées ou indirectes que peuvent constituer des avantages dont une personne a bénéficié. Cette exigence a été rappelée avec force par trois arrêts récents qui énoncent qu'une libéralité suppose un appauvrissement du disposant dans l'intention de gratifier (1re Civ., 18 janvier 2012, pourvois n° 09-72.542 et n° 11-12.963 [2 arrêts], *Bull.* 2012, I, n° 8 ; 1re Civ., 18 janvier 2012, pourvoi n° 10-27.325, *Bull.* 2012, I, n° 9).

La jurisprudence est ferme : cette intention doit être prouvée car elle ne se présume pas (3e Civ., 31 mai 1989, pourvoi n° 88-11.524, *Bull.* 1989, III, n° 126) et ne peut pas se déduire du déséquilibre de l'acte (1re Civ., 14 février 1989, pourvoi n° 87-14.205, *Bull.* 1989, I, n° 79). Mais s'agissant de la preuve d'un fait, cette preuve est libre et peut être faite par tous moyens, même par de simples présomptions (1re Civ., 5 janvier 1983, pourvoi

n° 81-16.655, *Bull.* 1983, I, n° 10 ; 1re Civ., 24 novembre 1987, pourvoi n° 86-10.635, *Bull.* 1987, I, n° 309). Ainsi l'intention libérale peut s'induire de la forme de l'acte (donation résultant d'un acte notarié) ou, dans le don manuel, de la tradition par remise de la chose, la présomption de titre étant attachée à la possession.

Le possesseur qui prétend avoir reçu une chose ou des fonds à titre de don manuel bénéficie d'une présomption et c'est à celui qui revendique cette chose ou prétend qu'il l'a remise à titre de prêt de rapporter la preuve de l'absence d'un tel don (1re Civ., 30 mars 1999, pourvoi n° 97-11.948, *Bull.* 1999, I, n° 112). Celle-ci peut s'induire aussi des circonstances, par exemple la vente à vil prix dans le but de faire plaisir à l'acquéreur est une donation (1re Civ., 6 janvier 1969, pourvoi n° 67-10.401, *Bull.* 1969, I, n° 8).

L'appréciation de cet élément subjectif qu'est l'intention libérale est souveraine (1re Civ., 24 septembre 2002, pourvoi n° 00-15.752), mais la nécessité d'opérer cette constatation est contrôlée. Sans elle, en effet, manque un élément permettant de qualifier un acte ou une opération de libéralité (1re Civ., 12 janvier 2011, pourvoi n° 09-70.002).

B. Preuve de l'intention libérale : donation entre époux

Toute libéralité suppose un acte matériel et un élément moral : un acte traduisant, dans une intention libérale, l'appauvrissement du disposant et l'enrichissement corrélatif du gratifié.

L'intention libérale, qui ne se présume pas et doit être prouvée, ne se déduit pas de l'acte matériel (1re Civ., 14 février 1989, pourvoi n° 87-14.205, *Bull.* 1989, I, n° 79 ; 3e Civ., 31 mai 1989, pourvoi n° 88-11.524, *Bull.* 1989, III, n° 126 ; 1re Civ., 9 novembre 1993, pourvoi n° 91-17.977).

Sous un régime de séparation de biens, il est fréquent que l'un des époux, en général le mari (il existe, cependant, des hypothèses inverses : 1re Civ., 25 février 1981, pourvoi n° 79-15.773, *Bull.* 1981, I, n° 71), fournisse à son conjoint tout ou partie des deniers nécessaires à l'acquisition d'un bien indivis entre eux, voire d'un bien personnel.

Jusqu'au 1er janvier 2005, date d'entrée en vigueur de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, les donations de biens présents faites entre époux au cours du mariage, directes ou indirectes, étaient librement révocables, par application de l'article 1096 du code civil, et les donations déguisées étaient nulles en vertu de l'article 1099-1 du même code (toutefois, rappelons que les donations consenties avant le 1er janvier 2005 demeurent librement révocables ou, selon le cas, annulables). En outre, l'ancien article 267, alinéa 1er, du code civil prévoyait que lorsque le divorce était prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci perdait de plein droit toutes les donations et tous les avantages matrimoniaux que son conjoint lui avait consentis, soit lors du mariage, soit après.

Après le prononcé du divorce, l'époux séparé de biens, qui avait financé tout ou partie de l'acquisition d'un bien réalisée par son conjoint, prétendait à la révocation de la donation (ou à la nullité en cas de déguisement) qu'il soutenait lui avoir consentie.

Pour faire échec à cette prétention, le conjoint prétendument gratifié invoquait une jurisprudence ancienne et constante selon laquelle un tel financement ne pouvait pas être constitutif d'une libéralité s'il avait pour cause son activité dans la direction du foyer ou sa collaboration à l'activité professionnelle de son époux ayant excédé une

contribution normale aux charges du mariage (1re Civ., 4 mars 1980, pourvoi no 78-12.900, *Bull.* 1980, I, no 76 ; 1re Civ., 20 mai 1981, pourvoi no 80-11.544, *Bull.* 1981, I, no 175 ; 1re Civ., 25 juin 2002, pourvoi no 98-22.882, *Bull.* 2002, I, no 173).

La simple possibilité que le prétendu donateur ait voulu rémunérer son conjoint pour l'activité qu'il avait déployée suffisait à exclure l'intention libérale (1re Civ., 19 mai 1976, pourvoi no 75-10.558, *Bull.* 1976, I, no 183 ; 1re Civ., 25 février 1981, pourvoi no 79-15.773, *Bull.* 1981, I, no 71 ; 1re Civ., 9 novembre 1993, pourvoi no 91-22.059, *Bull.* 1993, I, no 317).

Lorsque la cause de la remise des fonds n'était pas établie avec certitude, les juges du fond pouvaient estimer que la preuve de l'intention libérale n'était pas établie (1re Civ., 20 mai 1981, pourvoi no 79-17.171, *Bull.* 1981, I, no 176). Lorsque le moyen de défense avancé par l'époux était rejeté parce qu'il n'était pas démontré que son activité avait excédé une contribution normale aux charges du mariage, les juges du fond ne pouvaient pas se dispenser de se prononcer sur la volonté du prétendu donateur de gratifier son conjoint puisqu'il lui incombait de prouver que les paiements n'avaient d'autre cause que son intention libérale (1re Civ., 2 octobre 1985, pourvoi no 84-13.136, *Bull.* 1985, I, no 244 ; 1re Civ., 12 janvier 2011, pourvoi no 09-70.002).

Approuvant cette jurisprudence, la doctrine observait qu'elle avait pour effet de corriger les inconvénients du régime de séparation de biens, désavantageux pour l'époux n'exerçant pas d'activité professionnelle (voir, notamment, J. Flour, G. Champenois, *Les Régimes matrimoniaux*, Colin, 2e éd., 2001, no 737 ; F. Terré, P. Simler, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 6e éd., 2011, no 800 ; R. Le Guidec, « Donations et testaments », *in J.-Cl. civil code*, articles 893 à 895, no 67, juillet 2003).

§ 2. Assurances et indemnisation des victimes d'infraction

L'attribution du risque de la preuve en droit des assurances est l'occasion de multiples règles qu'il s'agisse de la preuve du paiement (A), de sa date (B), d'une exclusion de garantie (C) ou d'une forclusion (D).

A. Preuve du paiement de la prime d'assurance

L'article 1315, alinéa 2, du code civil impose à « celui qui se prétend libéré » de « justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de l'obligation ». En vertu de ce texte, la charge de la preuve du paiement de la prime d'assurance repose sur son débiteur. L'attestation d'assurance délivrée par l'assureur à l'assuré ne constitue qu'une présomption simple de garantie (1re Civ., 26 mai 1970, pourvoi no 68-11.341, *Bull.* 1970, I, no 172) et non une preuve du paiement de la prime, laquelle reste à la charge de l'assuré (voir 1re Civ., 29 octobre 1979, pourvoi no 78-13.756, *Bull.* 1979, I, no 261 et, plus récemment, 2e Civ., 8 novembre 2007, pourvoi no 06-16.148).

B. Preuve de la date du paiement de la prime

La preuve de la date du paiement de la prime incombe en principe à l'assuré, cette solution découlant de l'application de l'article 1315, alinéa 2, du code civil qui impose à celui qui se prétend libéré d'en justifier.

Lorsque le règlement est effectué par chèque, la jurisprudence retient que la date du paiement est celle de la remise du chèque (1re Civ., 2 décembre 1968, pourvoi no 66-12.727, *Bull.* 1968, I, no 301), sous réserve de son bon encaissement (1re Civ., 4 avril 2001, pourvoi no 99-14.927, *Bull.* 2001, I, no 102). Cette solution, favorable à l'assuré, lui permet, lorsqu'une clause du contrat subordonne la prise d'effet de la garantie au paiement de la prime, de ne pas être tributaire de la diligence ou de la lenteur de l'assureur dans l'encaissement du chèque.

S'agissant de la preuve de la date de la remise du chèque, une jurisprudence ancienne et constante retient qu'il incombe à l'assureur qui a accepté puis encaissé un chèque destiné au paiement d'une prime, et portant une date antérieure à un sinistre, d'apporter la preuve que cet effet lui a été remis à une date postérieure à celui-ci (1re Civ., 11 décembre 1990, pourvoi no 88-12.716, *Bull.* 1990, I, no 285 ; 1re Civ., 22 janvier 2002, pourvoi no 99-10.078, *Bull.* 2002, I, no 18 ; 2e Civ., 22 janvier 2009, pourvoi no 08-10.682). La date du paiement est ainsi présumée être celle figurant sur le chèque sauf preuve contraire. Cette présomption d'origine prétorienne a été critiquée par une partie de la doctrine (H. Groutel, *Resp. civ. et assur.* no 12, décembre 2006, comm. 385) comme étant susceptible d'encourager la fraude consistant à antidater l'ordre de paiement. Elle trouve cependant sa justification dans le souci de ne pas imposer à l'assuré d'adresser son chèque par pli recommandé pour se ménager la preuve de la date du paiement, alors que cette formalité n'est pas exigée par le code des assurances (1re Civ., 13 octobre 1987, pourvoi no 86-14.069).

Précisons que cette présomption ne pouvant jouer que lorsque la date apposée par le tireur sur le chèque est connue, il a été jugé dans une espèce où le chèque n'avait pas été produit qu'il incombait à l'assuré de prouver que le paiement qu'il avait effectué était antérieur à la veille du jour de la remise en vigueur du contrat par l'assureur (2e Civ., 5 octobre 2006, pourvoi no 05-10.786, *Bull.* 2006, II, no 252).

C. Preuve de l'exception à une exclusion de garantie

Selon une jurisprudence ancienne et constante, il appartient à l'assuré qui réclame le bénéfice de l'assurance d'établir que sont réunies les conditions requises par la police pour mettre en jeu la garantie (1re Civ., 24 juin 1970, pourvoi no 68-13.960, *Bull.* 1970, I, no 221 ; 1re Civ., 7 octobre 1975, pourvoi no 74-10.028, *Bull.* 1975, I, no 254). Il s'agit là d'une simple application de l'article 1315, alinéa 1er, du code civil selon lequel « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

Réciproquement, c'est à l'assureur qui invoque une exclusion de garantie de démontrer la réunion des conditions de fait de cette exclusion (1re Civ., 7 juillet 1992, pourvoi no 90-19.483, *Bull.* 1992, I, no 216), cette solution résultant d'une interprétation extensive de l'article 1315, alinéa 2, selon lequel « celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Un arrêt de la deuxième chambre civile du 4 décembre 2008 (pourvoi no 08-11.158, *Bull.* 2008, II, no 255) vient préciser qui, de l'assureur ou de l'assuré, supporte la charge de la preuve en présence d'une exception à une exclusion de garantie. Dans le cas de l'espèce, le contrat d'assurance comportait une clause excluant de la garantie les accidents survenus alors que l'assuré conduisait sous l'empire d'un état alcoolique et une exception à cette exclusion s'il était établi que le sinistre était sans relation avec l'infraction. La question était de savoir s'il incombait aux ayants droit de l'assuré de démontrer que

l'accident mortel n'était pas dû à l'état alcoolique du conducteur ou à l'assureur d'établir le lien de causalité entre l'imprégnation alcoolique et l'accident. Approuvant les premiers juges, la Cour de cassation retient que, dans le silence du contrat, la charge de la preuve de l'existence d'un lien de causalité entre l'imprégnation alcoolique et l'accident incombe à l'assureur. Cette solution favorable à l'assuré incite l'assureur à une plus grande précision dans la rédaction des contrats.

D. Indemnisation des victimes d'infractions : preuve de la forclusion

La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, qui a profondément réformé la procédure pénale, a notamment organisé l'information de la partie civile victime d'une infraction mentionnée aux articles 706-3 et 706-14 du code de procédure pénale de la possibilité de saisir la commission d'indemnisation des victimes d'infraction (CIVI), et sanctionne cette obligation d'information par le biais du recul du point de départ du délai de forclusion dans lequel la demande d'indemnité doit être présentée devant la CIVI (article 706-5 du code de procédure pénale). En effet, la juridiction pénale qui alloue des dommages-intérêts à la partie civile doit informer cette dernière (en pratique, selon la circulaire CRIM. n° 2001-07 F1 du 14 mai 2001, par un chef du dispositif) de la possibilité de saisir la CIVI (article 706-15 du code de procédure pénale). À défaut, étant donné que cette diligence constitue le point de départ du délai de forclusion, celui-ci ne peut pas commencer à courir et la demande d'indemnisation adressée à la CIVI demeure toujours recevable.

Le droit positif, issu des articles 706-5 et 706-15 du code de procédure pénale, est ainsi devenu relativement complexe. La CIVI doit être saisie dans un délai de :
– trois ans à compter de l'infraction ou de l'apparence d'infraction ;
– ou un an à compter de la décision du juge pénal sur l'action publique ou sur l'action civile ;
– ou un an à compter de l'avis donné par le juge pénal à la victime de la possibilité de saisir la CIVI lorsqu'il a alloué une indemnité.

La pratique s'est enrichie alors d'une nouvelle méthode de raisonnement favorable à la victime : la forclusion ne peut lui être opposée que lorsque tous les délais sont expirés.

Le deuxième délai appelle de la part des victimes aussi bien que du fonds d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme et autres infractions (FGTI) une vigilance particulière. Il appartient notamment au FGTI qui prétend opposer la forclusion tirée de l'existence d'une décision du juge pénal statuant sur les intérêts civils de prouver l'existence de cette décision (2e Civ., 19 octobre 2006, pourvoi n° 05-11.880, *Bull.* 2006, II, n° 279).

§ 3. Relations locatives

La Cour de cassation, et plus particulièrement la troisième chambre civile en charge des baux, est souvent amenée à se prononcer – car c'est là un point de droit soumis à son contrôle – sur la détermination de la charge de la preuve en matière locative.

Les quelques décisions répertoriées plus après donnent un aperçu des questions relatives à la preuve posées par les plaideurs, bailleurs et locataires, à la Cour dans un passé récent. Elles font ressortir qu'il est fait une application raisonnée de la règle, plus

complexe que sa formulation lapidaire ne pourrait le donner à penser, *actori incumbit probatio*.

A. Preuve du vice caché affectant la chose louée

Une lecture rapide et purement statistique de la jurisprudence pourrait donner à croire que seul le contrat de vente est susceptible d'être résolu si la chose qui en est l'objet recèle un vice caché. Mais le champ de la garantie des vices rédhibitoires s'étend aussi aux baux.

L'article 1721 du code civil, qui figure parmi les dispositions générales du contrat de louage, lesquelles s'appliquent également, dans la mesure où il n'y est pas dérogé, aux baux régis par les statuts locatifs spéciaux, dispose en effet qu'« il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail ».

La rareté des litiges fondés sur cette disposition peut sans doute être expliquée par la circonstance que les locataires confrontés à un vice de la chose louée sont moins prompts que les acquéreurs à ester, quand il leur suffit de mettre fin au contrat de location pour régler, certes par le vide, la situation.

La Cour de cassation a néanmoins eu plusieurs occasions de préciser, au fil du temps, certains aspects du régime de cette garantie appliquée au bail.

Elle a notamment retenu qu'il incombait au locataire, demandeur à la résiliation ou à l'indemnisation du chef de l'article 1721 du code civil, d'administrer la preuve du vice qu'il déplore (voir, par exemple, Com., 25 janvier 1994, pourvoi n° 91-16.767 ; Com., 4 février 1992, pourvoi n° 88-15.728). Le locataire est ainsi placé sur un pied d'égalité avec l'acquéreur, qui supporte également la charge de la preuve du vice caché (voir, par exemple, Com., 12 octobre 2004, pourvoi n° 03-12.632, *Bull*. 2004, IV, n° 185).

Par un arrêt récent (3e Civ., 1er avril 2009, pourvoi n° 08-10.070, *Bull*. 2009, III, n° 71), la troisième chambre civile a été amenée à préciser davantage cette règle probatoire. Le litige était né de l'action en paiement d'une indemnité, fondée sur l'article 1721 du code civil, formée contre son bailleur par le locataire d'un appartement à usage d'habitation dépendant d'un immeuble qui s'était blessé en tombant dans un ascenseur à cause d'un différentiel entre le niveau du sol et celui, légèrement plus bas, du plancher de l'engin. Le bailleur tentait de s'exonérer en répliquant que son locataire ne démontrait pas le défaut d'entretien régulier de l'ascenseur. La cour d'appel a été approuvée d'avoir accueilli l'action du locataire en retenant qu'il incombait seulement à celui-ci de rapporter la preuve du dysfonctionnement, du vice, de l'appareil (en l'occurrence, la montée incomplète), mais pas de démontrer, au surplus, un défaut d'entretien imputable au bailleur (« Mais attendu qu'il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail ; qu'ayant retenu, à bon droit, que la victime n'avait pas à prouver que le bailleur n'avait pas fait le nécessaire pour l'entretien de l'ascenseur mais à démontrer que l'appareil présentait un dysfonctionnement à l'origine de son préjudice … »).

Le régime des garanties des vices cachés applicable à la location paraît dès lors se rapprocher de celui applicable à la vente. Il ressort en effet de cet arrêt qu'une fois

la preuve du vice rapportée par l'acquéreur, il revient au vendeur de prouver l'existence d'une des causes exonératoires admises, parmi lesquelles la force majeure (voir, par exemple, Com., 25 novembre 1997, pourvoi n° 95-14.603, *Bull.* 1997, IV, n° 308).

B. Preuve du caractère manifestement sous-évalué du loyer

L'un des traits caractéristiques des statuts locatifs spéciaux est d'organiser impérativement, pour éviter que le locataire ne soit accablé par un loyer trop onéreux, le contrôle – statuts des baux d'habitation et des baux commerciaux –, voire l'encadrement pur et simple – statut des baux ruraux – du loyer.

Pour ce qui concerne le statut des baux d'habitation, l'encadrement ressort notamment de la disposition de l'article 17, c, de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs selon laquelle : « Lors du renouvellement du contrat, le loyer ne donne lieu à réévaluation que s'il est manifestement sous-évalué ». Ce texte prévoit un système de réévaluation à trois étages (en bref, il incombe au bailleur de proposer au locataire un nouveau loyer. En cas de désaccord, les parties au bail devront se présenter devant la commission de conciliation, puis, en cas de désaccord persistant, devant le juge d'instance).

S'il était établi depuis longtemps, en jurisprudence, que l'éventuelle sous-évaluation était appréciée souverainement par le juge du fond (voir, par exemple, 3e Civ., 1er mars 1995, pourvoi n° 92-16.919, *Bull.* 1995, III, n° 63 ; 3e Civ., 17 avril 1996, pourvoi n° 94-14.185), la Cour n'a eu que tardivement l'occasion de préciser quelle partie doit, en cas de différend, prouver que le loyer est (ou n'est pas) sous-évalué pour obtenir la réévaluation (ou y échapper).

Par un arrêt du 12 octobre 2011 (pourvoi n° 10-21.214, *Bull.* 2011, III, n° 164), la troisième chambre civile a retenu que la charge de cette preuve reposait sur le bailleur (« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 12 mars 2010), que la société civile immobilière Hyéroise (la SCI), propriétaire d'un logement donné à bail aux époux X…, a, le 30 janvier 2006, notifié aux locataires une proposition de renouvellement moyennant un loyer réévalué ; que les preneurs n'ayant pas accepté le nouveau loyer, elle a saisi la commission départementale de conciliation puis les a assignés en fixation du prix du bail renouvelé ; […]. Mais attendu qu'ayant retenu, à bon droit, qu'il appartient au bailleur de rapporter la preuve que le loyer en cours est manifestement sous-évalué […] »).

Cette position paraissait aller d'elle-même : dans la mesure où c'est, par hypothèse, le bailleur qui se plaint de la sous-évaluation et met en œuvre le dispositif de réévaluation, il était logique et équitable d'exiger de lui qu'il fasse la démonstration de la faiblesse du loyer qu'il dénonce. Elle supposait, pour reprendre une formule employée plus haut, non pas de déroger mais d'adopter une conception raisonnée de la règle *Actori incumbit* : en effet, tel que l'article 17 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 précitée est rédigé, il est possible que le juge du bail soit saisi, même si cela reste rare en pratique (dans l'arrêt de 2011, le juge avait été saisi par le bailleur), par le locataire.

C. Preuve du paiement du loyer

La troisième chambre civile est régulièrement conduite à rappeler qu'il appartient au preneur de prouver qu'il a bien payé les loyers qu'il prétend avoir acquittés, que ce soit à l'occasion d'une action en résiliation pour défaut de paiement des loyers intentée

par le bailleur ou, plus généralement, au moment du règlement des comptes entre les parties en fin de bail (voir, par exemple, 3e Civ., 18 mai 2010, pourvoi no 09-15.206 ; 3e Civ., 9 mars 2010, pourvoi no 07-18.269).

Ce n'est là qu'une application particulière d'une règle plus générale selon laquelle « il appartient à celui qui prétend s'être libéré de sa dette d'en justifier » (voir, par exemple, Com., 16 juin 1981, pourvoi no 80-12.740, *Bull.* 1981, IV, no 278).

D. Baux dérogatoires : preuve de l'opposition au maintien dans les lieux

Les baux dérogatoires (sous-entendu au champ d'application ordinaire) sont, quel que soit le statut locatif, une matière sensible : très courus par les propriétaires, souvent réticents, c'est peu dire, à voir s'appliquer un ensemble de règles impératives généralement destinées à protéger leur cocontractant, ces baux sont souvent contestés, à la première occasion, par des locataires désireux de bénéficier de ces mêmes règles.

Le statut des baux commerciaux compte plusieurs variétés de baux dérogatoires parmi lesquels celui de l'article L. 145-5 du code de commerce.

Il ressort de ce texte que les parties peuvent, lors de l'entrée dans les lieux du locataire, conclure un bail dérogeant aux dispositions du statut des baux commerciaux à la condition que la durée totale du bail, ou des baux successifs, ne soit pas supérieure à deux ans, mais aussi que si, à l'expiration du bail dérogatoire, le locataire reste – et est laissé – en possession des lieux, il s'opère un nouveau bail soumis de plein droit au statut.

Souvent, le contentieux entre les parties au bail se cristallise au moment crucial où le bail de deux ans (au plus) s'achève.

S'il advient, selon le texte, que le locataire reste dans les lieux loués sans opposition du bailleur, il pourra revendiquer l'application du statut des baux commerciaux. Le litige porte alors souvent sur le point de savoir si le bailleur s'est effectivement opposé au maintien de son locataire (étant précisé que la jurisprudence est en ce sens que, pour être efficace, l'opposition doit être intervenue antérieurement à la date d'expiration du bail dérogatoire : 3e Civ., 27 octobre 1993, pourvoi no 91-19.593 ; 3e Civ., 25 juin 2003, pourvoi no 02-12.545). Sur quel cocontractant pèse, en ce cas, la charge de la preuve de l'opposition – ou de la non-opposition – du bailleur ?

Par un arrêt du 4 mai 2010 (pourvoi no 09-11.840), la troisième chambre civile a retenu que cette charge pesait sur le bailleur (« Attendu qu'ayant exactement retenu qu'aux termes de l'article L. 145-5, alinéa 2, du code de commerce, le preneur bénéficiaire d'un bail dérogatoire qui, à l'expiration de sa date contractuelle initiale, était resté et avait été laissé en possession, bénéficiait d'un nouveau bail soumis aux dispositions des articles L. 145-1 et suivants du même code et qu'il appartenait au bailleur souhaitant échapper à ce mécanisme de manifester, avant la date contractuelle d'expiration du bail, sa volonté de ne pas poursuivre sa relation contractuelle avec le locataire, la charge de la preuve de cette manifestation de volonté lui incombant… »).

Dans la mesure où, la plupart du temps, le juge du bail commercial est saisi par le locataire désireux de voir reconnaître que l'ancien bail dérogatoire est devenu bail commercial, la solution dégagée par la Cour de cassation paraît nettement s'inscrire à l'encontre de la règle de l'article 1315 du code civil.

Mais cette dérogation peut être doublement justifiée. D'une part, on voit mal comment le locataire pourrait pratiquement rapporter la preuve de ce que le bailleur ne s'est pas opposé à son maintien dans les lieux loués, soit la preuve d'une passivité. Or, on sait que l'impossibilité de prouver un fait négatif est une circonstance susceptible de justifier la mise à l'écart de la règle *Actori incumbit* (voir J. Larguier, « La preuve d'un fait négatif », *RTD civ.* 1953, p. 1). D'autre part, on ne peut nier que la position retenue par la troisième chambre reflète la logique d'un statut qui, tourné vers le locataire, postule que soit imparti un vaste champ au bail commercial.

E. Preuve de la consistance d'un préjudice

Les parties au bail ne sont pas les seules victimes potentielles des manquements, commis par l'une d'elles, aux règles régissant cette convention. L'article L. 143-2 du code de commerce, dépendant du statut des baux commerciaux, en donne une bonne illustration.

Selon ce texte, le bailleur qui entend poursuivre la résiliation du bail doit notifier sa demande aux éventuels « créanciers inscrits », parmi lesquels ceux qui bénéficient d'un nantissement sur le fonds de commerce du locataire. Cet avertissement est parfaitement justifié car il importe que ces créanciers, par hypothèse fortement impliqués dans la bonne marche des affaires du locataire, sachent au plus vite que celui-ci est menacé de perdre son commerce.

À l'occasion d'une action en responsabilité (nécessairement délictuelle en l'absence de lien contractuel) élevée par un créancier de la sorte contre un bailleur qui avait manqué de lui notifier l'avertissement prévu par la loi, la troisième chambre civile a été conduite à prendre position sur l'étendue de la preuve du préjudice. Le juge d'appel avait retenu que ce créancier, qui, dans l'ignorance de ce qu'une action en résiliation du bail était en cours, avait continué de prêter des deniers au locataire, éprouvait incontestablement un préjudice ayant consisté en une perte de chance de réaliser sa garantie, et avait néanmoins rejeté sa demande indemnitaire, en tant qu'il n'en démontrait pas suffisamment l'ampleur exacte (précisément, la cour d'appel reprochait à ce prêteur de ne pas établir quelle était la valeur du fonds de commerce perdu, sur lequel son droit de gage avait vocation à s'exercer). Cette décision a été cassée au motif qu'en refusant « d'évaluer le dommage dont elle avait constaté l'existence en son principe », la cour d'appel avait violé l'article 1382 du code civil (3e Civ., 3 mai 2011, pourvoi no 10-14.775).

D'une portée plus générale que la seule matière des baux commerciaux, cet arrêt introduit une distinction au sein de ce que l'on pourrait appeler « la preuve du préjudice », en droit de la responsabilité.

– Il est bien établi que le demandeur à l'action en responsabilité, contractuelle ou délictuelle, doit prouver **l'existence** du préjudice qu'il déplore (voir, par exemple, pour la responsabilité contractuelle : 2e Civ., 11 septembre 2008, pourvoi no 07-20.857, *Bull.* 2008, II, no 191 ; pour la responsabilité délictuelle : 1re Civ., 30 mars 2005, pourvoi no 02-11.289).

C'est là une banale application de la règle *Actori incumbit* au droit de la responsabilité.

– Une fois la preuve de l'existence du préjudice administrée, il incombe au juge – et tel est l'apport de l'arrêt ici rapporté – de rechercher, en usant éventuellement des

mesures d'instruction que le droit processuel met à sa disposition (désignation d'un technicien, injonction de production de pièces…), quelle est son exacte **étendue**.

Il est à noter que le Conseil d'État a adopté également une telle distinction parmi les éléments du préjudice (voir CE, 15 novembre 2010, n° 330867, mentionné aux tables du *Recueil Lebon* : « Considérant qu'il ressort des termes de l'arrêt attaqué que la cour, après avoir reconnu l'existence d'une illégalité fautive de nature à engager la responsabilité de l'État, s'est bornée, sans mettre en doute l'existence d'un préjudice causé aux requérants par les arrêtés illégaux, à relever que les modalités de son évaluation proposées par le GIE Garde Ambulancière 80 et autres ne permettaient pas d'en établir le montant ; qu'en rejetant ainsi l'intégralité des conclusions indemnitaires dont elle était saisie, en raison de ce qu'elle n'était pas en mesure d'établir l'importance du préjudice indemnisable, alors qu'il lui revenait, le cas échéant, de faire usage de ses pouvoirs d'instruction pour que soit précisée l'étendue de ce préjudice, la cour administrative d'appel n'a pas complètement rempli la mission juridictionnelle qui était la sienne et commis une erreur de droit »).

Cette position, qui est fondée sur l'office du juge, fait évidemment peser sur celui-ci une charge certaine, pour l'obliger à se livrer à une recherche qui n'aurait pas lieu si le demandeur à l'indemnisation devait aussi prouver l'étendue de son préjudice.

Mais il est à penser que cette charge ne sera, en pratique, pas si lourde qu'on pourrait le craindre, étant observé, d'une part, que le demandeur à l'indemnisation prouvera très souvent (mais pas toujours comme l'illustre l'arrêt de 2011 précité) d'emblée à la fois l'existence et la consistance de son préjudice et, d'autre part, que le juge serait fondé à rejeter la prétention d'un demandeur qui ferait preuve d'une passivité telle que les mesures d'instruction destinées à déterminer l'étendue du préjudice resteraient infructueuses.

F. Preuve de créances du bailleur venant en déduction du dépôt de garantie

La restitution au locataire sortant de son dépôt de garantie peut être encore l'occasion, pour les parties au bail finissant, de se quereller.

Il arrive, en effet, que le bailleur invoque, pour s'opposer à la restitution de tout ou partie de ce dépôt, que le locataire reste lui devoir, à un titre quelconque (arriérés de loyer et de charges, dégradation du bien loué…), des sommes pour lesquelles il entend faire jouer une compensation.

Dans le cadre du bail d'habitation, cette attitude, à la condition de correspondre à la réalité des faits, peut se réclamer du troisième alinéa de l'article 22 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 ainsi rédigé : « Il [le dépôt de garantie] est restitué dans un délai maximal de deux mois à compter de la restitution des clés par le locataire, déduction faite, le cas échéant, des sommes restant dues au bailleur et des sommes dont celui-ci pourrait être tenu, aux lieu et place du locataire, sous réserve qu'elles soient dûment justifiées ».

Par un arrêt du 15 février 2012 (pourvoi n° 11-13.014, *Bull.* 2012, III, n° 28), la troisième chambre civile a jugé qu'en cas de contestation, il incombe au bailleur de démontrer que son locataire lui doit des sommes susceptibles d'être compensées avec le dépôt de garantie.

Dérogation à la règle *Actori incumbit*, sachant qu'en règle générale, le litige naît de la demande en restitution du dépôt de garantie formée par le locataire ?

Outre que le bailleur qui entend faire jouer une compensation de la sorte peut être regardé, en dépit de sa position de défendeur, comme un demandeur reconventionnel (face à la demande principale de restitution du dépôt de garantie intentée par le locataire), il est à constater que la loi prescrit au juge de vérifier que la créance dont excipe le bailleur est « justifiée ». Or seul ce dernier a la capacité d'apporter une telle justification.

G. Preuve de la mise à disposition du locataire des justificatifs de charges

La détermination du redevable des charges engendrées par un immeuble à usage d'habitation donné à bail pose parfois un problème.

Pour ce qui concerne les charges dites récupérables, l'article 23 de la loi du 6 juillet 1989 précitée dispose qu'elles sont « exigibles [par le bailleur] sur justification ».

Ce texte prévoit un système de régularisation de ces charges, dans lequel le bailleur doit communiquer au locataire le décompte définitif des charges et tenir à sa disposition les pièces justificatives de ces charges. Mais qui, du locataire ou du bailleur, doit être en mesure de justifier de ce que cette procédure préalable à la régularisation a été – ou n'a pas été – respectée ?

Il ressort de deux arrêts récents de la troisième chambre civile que cette preuve est assumée par le bailleur (3e Civ., 1er avril 2009, pourvoi no 08-14.854, *Bull.* 2009, III, no 76 : « Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 22 mai 2007), que les époux X…, locataires d'un logement appartenant aux époux Y…, se sont opposés à la demande en paiement de charges formée par les bailleurs et ont sollicité le remboursement des charges qu'ils avaient acquittées ; Attendu que pour rejeter cette demande, l'arrêt retient que les bailleurs produisent un décompte de leur créance ainsi que le détail des charges locatives établi par le cabinet Isoardy pour les années 1994 à 2004 inclusivement, qu'il ressort de ces documents non contredits par les autres pièces du dossier que les locataires sont redevables d'un arriéré de loyers et charges de 2 714,34 euros ; Qu'en statuant ainsi, sans constater que les bailleurs avaient tenu à la disposition des locataires, fût-ce devant elle, les pièces justificatives des charges locatives que ceux-ci réclamaient, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » ; 3e Civ., 8 décembre 2010, pourvoi no 09-71.124, *Bull.* 2010, III, no 216).

Il est conforme à la règle posée par l'article 1315 du code civil que le bailleur, « demandeur à la régularisation », doive être en mesure de justifier des charges qu'il entend faire payer au locataire.

H. Preuve de la réalité des prestations facturées (en cas de clause de mise à disposition)

Dans la logique du droit commun, et ainsi de l'article 1315 du code civil, il incombe au prestataire de services de justifier de la réalité des prestations qu'il facture.

Dans certains secteurs d'activité, il est impossible de prouver par la seule production de la convention signée des parties l'obligation de payer dont une partie entend se prévaloir. Ainsi, en matière de location de véhicules, il est impossible de prouver, par le seul contrat, l'obligation de payer la chose fournie. Si le principe de l'obligation de

payer a bien sa source dans le contrat de location, l'objet de cette obligation, c'est-à-dire le prix à payer, dépend de la durée de mise à disposition du véhicule. Par conséquent, pour prouver, conformément à l'alinéa 1er de l'article 1315 du code civil, l'obligation de payer qu'il invoque, le prestataire doit prouver qu'il a effectivement mis le véhicule à disposition sur la période facturée.

Dans une affaire où les parties s'opposaient, exclusivement, sur la durée des mises à disposition facturées, dans le cadre d'un contrat de location qui prévoyait une mise à disposition « à la demande du client », la chambre commerciale a censuré une cour d'appel qui avait condamné le client à payer la somme réclamée par le loueur au titre de factures impayées en retenant que ce client avait pratiqué des retenues en déduisant des prestations non exécutées « sans verser d'élément pour les justifier », alors qu'en présence d'une contestation sur certains jours de location effective il incombait au prestataire d'en établir la réalité (Com., 13 décembre 2011, pourvoi no 10-27.799). Il est en effet délicat d'imposer au client d'établir un fait négatif, en l'occurrence le fait de ne pas avoir utilisé le véhicule sur une certaine période.

§ 4. Droit bancaire

En matière bancaire, la chambre commerciale a régulièrement l'occasion de veiller à l'application de l'article 1315 du code civil et à la répartition de la charge de la preuve entre les parties, laquelle est souvent transmise d'une partie à l'autre au fur et à mesure de l'avancement du débat. Elle s'est également prononcée sur l'étendue du risque que subit celui qui supporte la charge de la preuve.

A. Répartition de la charge de la preuve

En application de l'alinéa 1, aux termes duquel « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver », la chambre commerciale énonce que c'est à l'emprunteur qui invoque la nullité de la stipulation d'intérêt qu'il appartient de démontrer l'existence d'une erreur sur le taux effectif global (Com., 17 mai 2011, pourvoi no 10-17.397, *Bull.* 2011, IV, no 77).

Pour illustrer l'application de l'alinéa 2, aux termes duquel « réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation », peut être citée la jurisprudence selon laquelle, en cas de perte ou de vol d'une carte bancaire, il appartient à l'émetteur de la carte qui se prévaut d'une faute lourde de son titulaire au sens de l'article L. 132-3 du code monétaire et financier d'en rapporter la preuve. Mais, cette jurisprudence, classique en ce qu'elle fait supporter la charge de la preuve de l'existence de la faute lourde à celui qui s'en prévaut pour s'exonérer de son obligation de paiement, a aussi défini ce que n'est pas la faute lourde (la circonstance que la carte a été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel est, à elle seule, insusceptible de constituer la preuve d'une telle faute : Com., 2 octobre 2007, pourvoi no 05-19.899, *Bull.* 2007, IV, no 208 ; 1re Civ., 28 mars 2008, pourvoi no 07-10.186, *Bull.* 2008, I, no 91 ; Com., 7 avril 2009, pourvoi no 08-13.571 ; Com., 21 septembre 2010, pourvoi no 09-16.534), alourdissant, certes, pour la banque le risque résultant de la charge de la preuve, mais dispensant le titulaire de la carte de supporter la charge de la preuve, quasi impossible, de son absence de faute lourde. Une telle jurisprudence paraît tout à fait adaptée à l'ingéniosité des fraudeurs qui parviennent

à percer les données informatiques confidentielles pour découvrir le code de la carte sans que le titulaire ait commis aucune imprudence.

L'attribution de la charge de la preuve n'est toutefois pas toujours opérée en fonction de l'identité de celui qui se prévaut d'un fait : ainsi, la charge de la preuve de la contre-passation d'un effet de commerce ne repose pas nécessairement sur celui qui se prévaut de la contre-passation, mais au contraire sur celui qui fonde sa demande sur l'effet de commerce. Ainsi, la banque, qui invoque un effet de commerce pour en demander paiement, supporte la charge de la preuve de l'absence de sa contre-passation en compte, celle-ci valant paiement (Com., 4 juin 1985, pourvoi n° 84-11.977, *Bull.* 1985, IV, n° 177), mais uniquement lorsqu'elle a lieu avant la clôture du compte. En effet, effectuée après la clôture du compte courant ou après le redressement ou la liquidation judiciaire du remettant (Com., 8 octobre 2002, pourvoi n° 00-10.366), la contre-passation ne vaut plus paiement et ne fait pas perdre au banquier escompteur la propriété de l'effet litigieux impayé et ses recours cambiaires. Dès lors, il appartient à la banque, qui sollicite de l'avaliste paiement de billets à ordre qu'elle a contre-passés au compte courant du débiteur principal, d'établir que cette contre-passation a eu lieu après la clôture du compte et ne vaut dès lors plus paiement (Com., 15 février 2011, pourvoi n° 10-30.102). De telles solutions rejoignent les cas dans lesquels (L. Ruet, « Quelques remarques sur l'office du juge et la preuve en droit commercial », *RTD com*. 1991, p. 151) l'imputation du risque de preuve est fondée sur l'appréciation par le juge du caractère normal ou anormal de la situation. En effet, faire supporter à la banque, qui fonde sa demande en paiement sur un effet de commerce, la charge de la preuve que celui-ci peut encore être opposé utilement et non pas imposer au débiteur cambiaire celle de prouver qu'il aurait déjà été payé par l'effet d'une contre-passation résulte manifestement, d'une part, du fait que la contre-passation des effets de commerce est une pratique très courante, de sorte qu'il doit être certain qu'elle n'ait pas eu lieu pour que la demande en paiement puisse être accueillie et, d'autre part, du fait que la banque est la partie ayant le plus de facilité à apporter cette preuve.

Au contraire, lorsque le titulaire d'un compte agit en responsabilité à l'encontre de la banque au motif qu'elle a contre-passé de manière tardive des effets de commerce, il supporte la charge de la preuve (Com., 21 février 2012, pourvoi n° 10-27.625). En effet, dans un tel cas, c'est bien lui qui invoque, au soutien d'une demande en paiement, tant l'existence de la contre-passation que son caractère tardif.

B. Transmission de la charge de la preuve

L'un des domaines dans lesquels s'illustre particulièrement la transmission de la charge de la preuve d'une partie à l'autre selon l'état d'avancement du débat est celui de l'obligation de mise en garde de la banque dans la fourniture de crédit : ainsi, il appartient à l'emprunteur ou à la caution qui invoque le manquement d'une banque à son obligation de mise en garde d'apporter la preuve de la disproportion de son engagement par rapport à ses capacités financières (Com., 19 avril 2005, pourvoi n° 03-14.533) ou d'un risque d'endettement qui serait né de l'octroi du crédit (Com., 21 février 2012, pourvoi n° 11-11.270 ; Com., 14 décembre 2010, pourvoi n° 09-15.796 ; Com., 15 février 2011, pourvoi n° 09-16.526), condition de l'existence de l'obligation de mise en garde de la banque. En revanche, il appartient à la banque, qui soutient être dispensée de cette obligation, de prouver que l'emprunteur ou la caution est averti(e) (Com., 17 novembre

2009, pourvoi n° 08-70.197, *Bull.* 2009, IV, n° 144). Dans un tel cas, il appartient alors à l'emprunteur ou à la caution – averti(e) – d'établir que la banque avait, sur ses revenus et son patrimoine ou ses facultés de remboursement raisonnablement prévisibles, des informations que lui-même (elle-même) aurait ignorées (Com., 8 octobre 2002, pourvoi n° 99-18.619, *Bull.* 2002, IV, n° 136 ; Com., 8 mars 2011, pourvoi n° 09-12.830), condition de l'existence de l'obligation de mise en garde de la banque à l'égard de ses clients avertis.

Lorsqu'est établie la preuve de l'existence de l'obligation de mise en garde de la banque, il appartient alors à cette dernière de prouver avoir rempli son obligation (Com., 17 novembre 2009, pourvoi n° 08-70.197, *Bull.* 2009, IV, n° 144 ; Com., 11 décembre 2007, pourvoi n° 03-20.747, *Bull.* 2007, IV, n° 260). Sur ce point, l'attribution de la charge de la preuve est la même que celle dégagée pour l'obligation d'information en matière médicale (1re Civ., 25 février 1997, pourvoi n° 94-19.685, *Bull.* 1997, I, n° 75) et reprise pour l'obligation d'information de la banque (Com., 13 septembre 2011, pourvoi n° 10-18.980) ou du vendeur professionnel (1re Civ., 28 octobre 2010, pourvoi n° 09-16.913, *Bull.* 2010, I, n° 215), ainsi que pour l'obligation de conseil de la banque (Com., 22 mars 2011, pourvoi n° 10-13.727, *Bull.* 2011, IV, n° 48, *Bull. Joly Bourse* n° 7, 1er juillet 2011, p. 435, note 209 par M. Cohen-Branche) lorsque cette dernière y est tenue. Une telle attribution de la charge de la preuve au débiteur de l'obligation évite d'imposer au créancier la charge de la preuve du fait négatif de l'absence d'exécution de l'obligation, la fameuse « preuve diabolique ».

Par contre, lorsque l'octroi abusif d'un crédit de démarrage est invoqué au soutien d'une action en responsabilité dirigée contre une banque, la chambre commerciale n'adopte pas la même solution, en ce qu'elle n'impose pas à celui qui s'en prévaut la charge de la preuve de ce caractère abusif. Elle a ainsi décidé que c'est sans inverser la charge de la preuve qu'une cour d'appel a pu décider que la responsabilité d'une caisse était engagée, après avoir relevé qu'elle avait accordé un prêt à une société, avant toute activité, pour en permettre le démarrage, sans que lui fussent présentés des éléments comptables prévisionnels, et retenu qu'elle n'était pas en mesure d'apprécier l'adaptation de ce crédit aux capacités financières de la société, appréciations faisant ressortir son comportement fautif (Com., 11 avril 2012, pourvoi n° 10-25.904, *Bull.* 2012, IV, n° 76).

Un autre exemple est celui de l'application de l'article 2314 du code civil déchargeant la caution en cas de perte du bénéfice de subrogation. Pour pouvoir invoquer ce texte, la caution doit établir la perte de la possibilité d'être subrogée dans un droit préférentiel, et ce par le fait fautif du créancier, tandis que pour éviter la déchéance de ses droits, il appartiendra à celui-ci d'établir que la subrogation, devenue impossible, n'aurait pas pu être efficace (Com., 27 février 1996, pourvoi n° 94-14.313, *Bull.* 1996, IV, n° 68) ou que la perte alléguée du droit préférentiel n'a causé aucun préjudice à la caution (Com., 30 juin 2009, pourvoi n° 08-17.789 ; Com., 10 janvier 2012, pourvoi n° 10-28.113) ou encore que cette perte ne provient pas de son fait exclusif (Com., 5 février 2008, pourvoi n° 07-10.796).

C. *Quantum* des intérêts perdus

Le risque auquel s'expose celui supportant la charge de la preuve est de succomber en sa prétention ou son moyen de défense. Parfois, la succombance n'est que partielle : par exemple, après le prononcé d'une déchéance du droit aux intérêts, s'est posée la

question de savoir qui devait établir le montant des intérêts dont était déchue la banque et quelle pouvait être la conséquence de l'absence de production d'un document sollicité avant dire droit par le juge qui, dans le cadre de son office, essayait de déterminer le montant de la créance due par le débiteur : c'est au créancier qui agit en paiement d'établir le montant de sa créance, dans toutes ses composantes (Com., 5 juin 2012, pourvoi n° 11-12.504). Si le juge ne peut refuser de statuer en se fondant sur l'insuffisance de preuve que le créancier lui soumettrait (2e Civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 07-10.484 ; 3e Civ., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-11.911 ; Com., 30 novembre 2010, pourvoi n° 09-15.264), il peut rejeter la demande de la partie qui s'abstiendrait de produire le document qu'il a sollicité, s'il en résulte que le montant de la créance ne peut être établi (Com., 19 décembre 2000, pourvoi n° 98-11.486 ; Com., 26 mai 2004, pourvoi n° 01-15.378) ou retenir que le seul document produit par le créancier, qui ne satisfait pas aux exigences de l'arrêt avant dire droit ordonnant la production d'un décompte détaillé, ne lui permet de faire droit à la demande qu'à concurrence d'une certaine somme (Com., 5 juin 2012, précité).

Section 2 – En matière fiscale

Les dispositions applicables en matière fiscale procèdent à une répartition de la charge de la preuve entre, d'une part, l'administration et, d'autre part, le contribuable (§ 1). Lorsque le montant dû par ce dernier fait l'objet d'un redressement, la charge de la preuve repose alors essentiellement sur l'administration (§ 2).

§ 1. Principes généraux de répartition de la charge entre contribuable et administration fiscale

De manière générale, la charge de la preuve incombe, en matière fiscale, soit à l'administration, soit au contribuable, selon la manière dont l'imposition litigieuse a été établie, ainsi que cela résulte des articles L. 191 à L. 195 A du livre des procédures fiscales et d'une jurisprudence essentiellement due à la juridiction administrative.

L'article L. 191 édicte ainsi le principe selon lequel, « lorsque l'imposition a été établie selon la procédure forfaitaire, la charge de la preuve incombe au contribuable qui demande la réduction de l'imposition ».

L'article L. 192 énonce quant à lui que « lorsque l'une des commissions visées à l'article L. 59 est saisie d'un litige ou d'une rectification, l'administration supporte la charge de la preuve en cas de réclamation, quel que soit l'avis rendu par la commission. Toutefois, la charge de la preuve incombe au contribuable lorsque la comptabilité comporte de graves irrégularités et que l'imposition a été établie conformément à l'avis de la commission. La charge de la preuve des graves irrégularités invoquées par l'administration incombe, en tout état de cause, à cette dernière lorsque le litige ou la rectification est soumis au juge. Elle incombe également au contribuable à défaut de comptabilité ou de pièces en tenant lieu, comme en cas de taxation d'office à l'issue d'un examen contradictoire de la situation fiscale personnelle en application des dispositions des articles L. 16 et L. 69 ».

En application de ce texte, la chambre commerciale a considéré que les irrégularités qui entachent la procédure suivie devant la commission départementale de conciliation

au regard des dispositions des articles L. 55 à L. 61 et L. 192 du livre des procédures fiscales et qui affectent la validité de l'avis émis par la commission ont pour seul effet de laisser la preuve à la charge de l'administration (Com., 15 décembre 1986, pourvoi n° 85-12.270, *Bull.* 1986, IV, n° 239), ou encore que, dès lors que la commission départementale de conciliation, prévue à l'article 1653 A du code général des impôts, ne rend pas un avis en se déclarant incompétente, l'administration fiscale n'a pas à supporter la charge de la preuve en cas de réclamation (Com., 12 juillet 2011, pourvoi n° 10-18.471, *Bull.* 2011, IV, n° 119).

L'article L. 193 prévoit encore que « dans tous les cas où une imposition a été établie d'office la charge de la preuve incombe au contribuable qui demande la décharge ou la réduction de l'imposition ». La chambre commerciale a ainsi retenu « qu'ayant relevé que les trois exemples de cessions d'emplacements de stationnement intervenues dans le même quartier à l'époque des impositions, fournies par l'administration fiscale, ne pouvaient être écartés sur le fondement d'une "incohérence" dès lors que l'expert n'étayait ses affirmations sur aucune vente de locaux comparables ni aucune étude de vente d'emplacements de stationnement, le Tribunal a ainsi fait ressortir que Mme X… ne rapportait pas la preuve qui lui incombait, en application de l'article L. 193 du livre des procédures fiscales, s'agissant d'une imposition établie par voie de taxation d'office, d'éléments de comparaison de nature à remettre en cause les évaluations de l'administration » (Com., 22 février 2000, pourvoi n° 97-17.821, *Bull.* 2000, IV, n° 37). Elle a également rappelé qu'il incombait au contribuable d'apporter la preuve du caractère exagéré de l'imposition établie par taxation d'office en matière d'impôt de solidarité sur la fortune, relativement à l'évaluation de la valeur d'un immeuble (Com., 7 mars 2000, pourvoi n° 97-15.564, *Bull.* 2000, IV, n° 52). Par ailleurs, la charge de la preuve incombe au contribuable dans les principaux cas suivants : lorsque l'imposition a été établie avec son accord, soit d'après les bases indiquées dans la déclaration qu'il a souscrite ou dans l'acte qu'il a présenté, soit avec son accord exprès ou tacite (notamment après procédure de rehaussement) ; lorsque l'intéressé invoque certaines situations entraînant par elles-mêmes un allègement de l'impôt (par exemple, charges de famille) ; en matière de droits d'enregistrement, lorsque l'imposition a été établie en application d'une présomption légale. Ainsi, pour des exemples d'application de ces règles par la chambre commerciale : lorsque l'imposition contestée a été établie sur la base d'un acte notarié enregistré, la charge de la preuve de l'application du taux réduit de l'article 710 du code général des impôts incombe au contribuable (Com., 16 janvier 2001, pourvoi n° 98-13.127, *Bull.* 2001, IV, n° 17) ; le juge inverse la charge de la preuve en faisant droit à une demande de restitution de droits d'enregistrement établis selon le contenu d'un acte de cession faisant apparaître une « convention de successeur », au motif que l'administration n'a pas démontré que l'activité des deux sociétés en cause était identique, condition nécessaire à l'applicabilité de l'article 720 du code général des impôts, mais s'il appartient à l'administration de démontrer le bien-fondé de l'application de l'article 720 dudit code en matière de convention de successeur, il incombe au redevable qui demande la restitution des droits perçus sur une telle convention d'établir la différence d'activité exercée par les deux contractants (Com., 8 octobre 2002, pourvoi n° 99-13.995) ; la circonstance que le contribuable n'ait pas répondu à la notification de redressements dans le délai de trente jours ne fait pas obstacle à ce qu'il obtienne la décharge de l'imposition en en démontrant le caractère excessif (Com., 27 février 1990, pourvoi n° 88-13.934, *Bull.* 1990, IV, n° 57).

Enfin, l'article L. 195 A fait peser sur l'administration la preuve de la mauvaise foi et des manœuvres frauduleuses, « en cas de contestation des pénalités fiscales appliquées à un contribuable au titre des impôts directs, de la taxe sur la valeur ajoutée et des autres taxes sur le chiffre d'affaires, des droits d'enregistrement, de la taxe de publicité foncière et du droit de timbre ».

Il convient de souligner que la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré, comme le Conseil d'État l'avait fait par arrêt du 12 mars 1980 (CE, 12 mars 1980, n° 15168, publié au *Recueil Lebon*) que ces règles gouvernant la preuve ne sont pas des règles de procédure qui seraient applicables aux instances en cours, mais au contraire des règles qui touchent le fond du droit (Com., 7 novembre 1989, pourvoi n° 88-15.282, *Bull*. 1989, IV, n° 281).

Par ailleurs, tous les modes de preuve sont admis, à condition toutefois de respecter le caractère écrit de la procédure (Com., 5 janvier 1988, pourvoi n° 86-12.749, *Bull*. 1988, IV, n° 3, à propos de la preuve de l'achèvement de travaux, où il est relevé que l'exclusion de la preuve testimoniale n'interdit pas aux juges du fond de constater les faits selon des présomptions graves, précises et concordantes invoquées dans les mémoires produits par les parties ou selon des attestations annexées à ces mémoires ; Com., 4 décembre 1990, pourvoi n° 88-18.566, *Bull*. 1990, IV, n° 307, au sujet de la preuve, par l'administration, de la fictivité d'une quittance de paiement ; Com., 10 février 1998, pourvoi n° 96-12.941, *Bull.* 1998, IV, n° 67, où il est dit que, contestant l'avis du comité consultatif pour la répression des abus de droit, il incombait à une société, qui demandait la décharge des droits d'établir, par tous moyens de preuve compatible avec le caractère écrit de la procédure, que les cessions qu'elle avait consenties à une autre société n'étaient pas constitutives d'abus de droit, c'est-à-dire qu'elles présentaient, outre l'intérêt de la dispenser du paiement de droits de mutation, un intérêt d'ordre économique ou commercial ; Com., 14 mars 2006, pourvoi n° 04-11.647, *Bull.* 2006, IV, n° 68, par lequel la chambre commerciale rappelle que l'exclusion de la preuve testimoniale n'interdit pas aux juges de constater les faits selon des attestations annexées aux mémoires produits par les parties).

§ 2. Dispositions spécifiques à certains redressements

L'article L. 55 du livre des procédures fiscales permet à l'administration fiscale, lorsqu'elle constate une insuffisance, une inexactitude, une omission ou une dissimulation dans les éléments servant de base au calcul des impôts, droits, taxes, redevances ou sommes quelconques dues en vertu du code général des impôts ou de l'article L. 2333-55-2 du code général des collectivités territoriales, de procéder aux rectifications correspondantes, qui sont alors effectuées suivant la procédure de rectification contradictoire définie aux articles L. 57 à L. 61 A.

Et de manière générale, la preuve incombe à l'administration, lorsque la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires ou la commission départementale de conciliation n'ont pas été saisies du litige ; lorsque la commission départementale de conciliation a été saisie du litige, quel que soit le sens de l'avis rendu ; lorsque la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires a été saisie du litige et que la comptabilité présentée est régulière ou que la comptabilité présentée étant gravement irrégulière, l'administration n'a pas suivi l'avis de cet organisme ; lorsque le service invoque le fait que le contribuable n'a

pas présenté sa comptabilité ou que celle-ci comporte de graves irrégularités ; enfin, lorsque l'administration a usé des dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales sans prendre l'avis du comité consultatif pour la répression des abus de droit ou n'a pas suivi cet avis.

Outre les exemples déjà évoqués, on trouve des arrêts de la chambre commerciale faisant application de ces règles, trop nombreux pour être repris dans leur intégralité, mais parmi lesquels il est possible de citer : Com., 11 février 1992, pourvoi n° 89-14.079, *Bull.* 1992, IV, n° 65 (où il est rappelé que l'administration fiscale, qui notifie un redressement au conjoint survivant au titre de la réintégration dans la succession de son époux d'une récompense à la charge de la communauté légale ayant existé entre eux, pour le profit tiré des produits de ventes de biens propres au conjoint prédécédé, doit rapporter la preuve, qui incombe à celui qui demande la récompense, de la réalité et de l'étendue du profit tiré par la communauté d'une utilisation des produits de chacune des ventes des biens propres litigieux, cette preuve devant être rapportée par l'administration dès la notification du redressement) ; Com., 25 février 1992, pourvoi n° 90-15.244, *Bull.* 1992, IV, n° 93 (il appartient à l'administration d'établir, dès la notification du redressement, le bien-fondé de ses prétentions tendant à la déchéance du régime de faveur obtenu par le contribuable, et alors que le jugement relève que l'administration ne verse aux débats aucun document relatif à la situation de fait, le tribunal a inversé la charge de la preuve) ; Com., 15 juillet 1992, pourvoi n° 90-12.066, *Bull.* 1992, IV, n° 273 (dont il résulte que la mise en œuvre de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales est exclusive de la taxation d'office, en raison de ses conditions d'application, des garanties accordées au contribuable et des sanctions prévues, et que viole les articles L. 55 et L. 64 du livre des procédures fiscales le tribunal qui rejette l'opposition d'un contribuable à l'avis de mise en recouvrement émis à son encontre pour obtenir le paiement d'une taxation d'office, alors que l'administration fiscale entendait en l'espèce rétablir le véritable caractère d'une opération réalisée par le contribuable et se prévalait ainsi des dispositions du second de ces textes) ; par un raisonnement *a contrario*, Com., 12 juillet 2011, pourvoi n° 10-18.471, *Bull.* 2011, IV, n° 119 (ayant constaté que la commission de conciliation s'était déclarée incompétente, une cour d'appel en a exactement déduit que celle-ci n'avait pas rendu d'avis et que l'administration n'avait pas à supporter la charge de la preuve).

Parmi les exemples on peut encore relever :
– en matière d'évaluation de la valeur vénale d'un bien, qu'il appartient à l'administration d'apporter la preuve de l'insuffisance du prix ou de l'évaluation (Com., 19 juin 1990, pourvoi n° 89-10.394, *Bull.* 1990, IV, n° 184 ; Com., 28 janvier 1992, pourvoi n° 89-19.385, *Bull.* 1992, IV, n° 42 ; Com., 12 février 2008, pourvoi n° 07-10.242, *Bull.* 2008, IV, n° 37 : dès lors que, pour évaluer la valeur vénale d'immeubles indivis ayant le statut de monuments historiques, la comparaison n'est pas possible en l'absence de marché de biens similaires en fait ou en droit, l'administration peut utiliser d'autres méthodes, comme celle de l'abattement) ; qu'en revanche, la charge de la preuve incombe au contribuable lorsque l'imposition a été établie d'après les bases indiquées dans la déclaration qu'il a souscrite ou dans l'acte qu'il a présenté (voir, par exemple, Com., 12 février 2002, pourvoi n° 99-10.647, non publié, mais visé expressément par l'administration fiscale dans sa documentation de base, d'où il se déduit que c'est au contribuable de démontrer que la valeur déclarée par lui n'était pas la valeur vénale réelle de

l'immeuble litigieux compte tenu de la situation de fait et de droit dans laquelle l'immeuble se trouvait avant la survenance du fait générateur de l'impôt) ;
– que, lorsque l'administration entend, sur le fondement de l'article 750 du code général des impôts, réintégrer à l'actif successoral imposable des sommes retirées des comptes bancaires du *de cujus*, il lui incombe de rapporter la preuve de ce que les sommes litigieuses ont été conservées par le défunt jusqu'au jour de son décès (Com., 26 juin 2012, pourvoi n° 11-21.160, *Bull.* 2012, IV, n° 135 : il appartient à l'administration fiscale de démontrer que les sommes retirées des comptes du défunt ont été conservées dans son patrimoine jusqu'au jour de son décès, de sorte que la cour d'appel, qui a imposé au redevable d'établir la destination de ces sommes, a inversé la charge de la preuve ; Com., 1er juin 1993, pourvoi n° 91-17.682 ; Com., 1er avril 1997, pourvoi n° 95-13.257, *Bull.* 1997, IV, n° 92 ; Com., 19 septembre 2006, pourvoi n° 03-16.962 ; Com., 23 septembre 2008, pourvoi n° 07-17.065), la Cour de cassation précisant que cette preuve peut se faire par tous moyens, notamment par présomptions, les juges du fond appréciant souverainement, aux termes d'un examen concret, la pertinence des éléments produits par les parties (Com., 23 septembre 2008, précité). La preuve de la conservation des sommes par le *de cujus* peut ainsi résulter d'un faisceau d'indices concordants tels que le bref délai entre les retraits et le décès (Com., 13 décembre 1994, pourvoi n° 93-12.797), la disproportion des sommes retirées avec le train de vie habituel du défunt (même arrêt) ou encore l'absence d'emploi connu des sommes retirées par le défunt (Com., 4 juillet 1995, pourvoi n° 94-10.368). Les contribuables, lorsqu'ils entendent alléguer des faits démontrant le défaut de conservation des sommes en cause par le défunt, ont alors à prouver ces faits conformément à l'article 9 du code de procédure civile, le juge se prononçant sur la pertinence et la crédibilité respective des thèses en présence et des arguments avancés et pouvant ainsi décider si les présomptions avancées par les parties sont ou non opportunes (Com., 12 janvier 1999, pourvoi n° 97-11.707).

Section 3 – En droit privé de la santé

Le droit de la responsabilité appliqué aux questions de santé est à l'origine de nombreuses règles relatives à l'attribution de la charge de la preuve qu'il s'agisse de la preuve concernant des infections nosocomiales (§ 1), de la preuve du dommage causé par un produit défectueux (§ 2) ou de la preuve de la délivrance de l'information médicale (§ 3).

§ 1. Infections nosocomiales : preuve du lien causal entre hospitalisation et pathologie constatée

La Cour de cassation avait mis à la charge des établissements de santé privés et des professionnels de santé une obligation de sécurité de résultat en matière d'infection nosocomiale, dont ils ne pouvaient s'exonérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère ([établissement de santé] 1re Civ., 29 juin 1999, pourvoi n° 97-14.254, *Bull.* 1999, I, n° 220 ; [médecin] 1re Civ., 29 juin 1999, pourvoi n° 97-15.818, *Bull.* 1999, I, n° 222).

Le législateur de 2002 a entériné cette jurisprudence, mais uniquement à l'égard des établissements de santé, la responsabilité des médecins ne pouvant être engagée, conformément au droit commun, que pour faute.

Dans les deux régimes successifs, issus de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, et de la loi n° 2002-1577 du

30 décembre 2002, relative à la responsabilité civile médicale, il incombe aux patients de démontrer le caractère nosocomial de l'infection, ce qui, en l'absence de définition donnée par le législateur, revient à établir qu'elle a été contractée au sein de l'établissement, même si l'intervention n'a fait qu'activer des germes déjà présents dans l'organisme (1re Civ., 4 avril 2006, pourvoi no 04-17.491, *Bull.* 2006, I, no 191 ; 1re Civ., 14 juin 2007, pourvoi no 06-10.812, *Bull.* 2007, I, no 233). Cette preuve peut être faite par tous moyens (1re Civ., 27 mars 2001, pourvoi no 99-17.672, *Bull.* 2001, I, no 87), y compris par des présomptions graves, précises et concordantes (1re Civ., 30 octobre 2008, pourvoi no 07-13.791, *Bull.* 2008, I, no 245), dont l'appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond (1re Civ., 21 juin 2005, pourvoi no 04-12.066, *Bull.* 2005, I, no 276 ; 26 mai 2011, pourvoi no 10-17.446 ; 1er juillet 2010, pourvoi no 09-67.465, pour une méningite contractée par un nouveau-né pendant son séjour à la maternité).

Un important allègement a été mis en œuvre par un arrêt du 17 juin 2010 (1re Civ., 17 juin 2010, pourvoi no 09-67.011, *Bull.* 2010, I, no 137) selon lequel, « lorsque la preuve d'une infection nosocomiale est apportée mais que celle-ci est susceptible d'avoir été contractée dans plusieurs établissements de santé, il appartient à chacun de ceux dont la responsabilité est recherchée d'établir qu'il n'est pas à l'origine de cette infection ».

§ 2. Produits de santé défectueux : preuve du lien causal entre usage du produit ou exposition au produit et pathologie constatée

La question de l'indemnisation des victimes de produits de santé défectueux (la question du matériel que le médecin utilise pour l'exercice d'une activité, très complexe en raison de la jurisprudence de la CJUE et qui touche au fond du droit, n'est pas ici traitée) s'est posée à l'occasion de nombreux scandales sanitaires : contaminations transfusionnelles par le virus du sida (VIH) ou de l'hépatite C (VHC), encéphalopathies dues à l'administration d'hormones de croissance, scléroses en plaques survenues après un vaccin contre l'hépatite B, malformations attribuées au contact avec le diéthylstilbestrol (DES, commercialisé principalement sous le nom de Distilbène) pendant la période de gestation, ou, en dernier lieu, graves pathologies pulmonaires dues à la prise de benfluorex (commercialisé sous le nom de Mediator). Les litiges auxquels ils donnent lieu obéissent à des régimes juridiques complexes, du fait notamment de la transposition tardive de la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, par la loi no 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, de sorte que la jurisprudence a dû interpréter le droit de la responsabilité à la lumière de ce texte, avant sa transposition.

La preuve de la causalité, qui incombe, selon le droit commun de la responsabilité, à la victime du dommage, est particulièrement délicate, compte tenu du caractère multifactoriel des dommages de santé. Le législateur est parfois intervenu pour en alléger la charge, notamment s'agissant des procédures amiables devant le fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le VIH (FITH) (loi no 91-1406 du 31 décembre 1991), dont les obligations ont été transférées à l'office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) par la loi no 2004-806 du 9 août 2004 ou par l'article L. 1221-14 du code de la santé publique pour les victimes du VHC. On ajoutera les dispositifs relatifs aux vaccinations obligatoires (article L. 3111-9 du code de

la santé publique), à la vaccination contre la grippe A (article L. 3131-1), à l'hormone de croissance (article L. 1142-22) ou au benfluorex (articles L. 1142-24-1 et suivants issus de la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011).

Mais il est revenu à la jurisprudence d'instaurer une présomption de causalité, en particulier, depuis des arrêts de 2001 et de 2002, en matière de fourniture de produits sanguins contaminés (1re Civ., 9 mai 2001, pourvois n° 99-18.161 et n° 99-18.514, *Bull.* 2001, I, n° 130). Selon cette jurisprudence, lorsqu'une personne démontre, d'une part, que la contamination virale dont elle est atteinte est survenue à la suite de transfusions sanguines, d'autre part, qu'elle ne présente aucun mode de contamination qui lui soit propre, il appartient au centre de transfusion sanguine dont la responsabilité est recherchée de prouver que les produits sanguins qu'il a fournis étaient exempts de tout vice (voir aussi 1re Civ., 17 juillet 2001 [2 arrêts], pourvoi n° 00-10.299, *Bull.* 2001, I, n° 234 et pourvoi n° 00-10.883, *Bull.* 2001, I, n° 234 ; 1re Civ., 18 juin 2002, pourvoi n° 01-00.381, *Bull.* 2002, I, n° 169 ; 1re Civ., 10 juillet 2002, pourvoi n° 01-02.132, *Bull.* 2002, I, n° 198).

Hors cette présomption de causalité, la jurisprudence a admis que la preuve du défaut du produit, et du lien de causalité entre le dommage et ce produit, pouvait être apportée par des présomptions de l'homme (1re Civ., 5 avril 2005, pourvois n° 02-11.947 et n° 02-12.065, *Bull.* 2005, I, n° 173 ; 1re Civ., 24 janvier 2006, pourvoi n° 02-16.648, *Bull.* 2006, I, n° 35).

Une question particulièrement délicate s'est cependant présentée dans des situations d'incertitude scientifique, où le lien entre le produit et la pathologie n'avait pas été démontré par des études validées. La causalité juridique pouvait-elle être établie là où la causalité médicale ne l'était pas ? C'est ainsi que de nombreux arrêts concernent des personnes qui, à la suite d'un vaccin contre l'hépatite B, avaient contracté une sclérose en plaques, et parfois d'autres maladies neurologiques.

Dans un premier temps, la Cour de cassation avait estimé que, dans cette situation, le lien de causalité entre le dommage et le produit ne pouvait être prouvé, ce qui revenait à débouter systématiquement les victimes (1re Civ., 23 septembre 2003, pourvoi n° 01-13.063, *Bull.* 2003, I, n° 188).

Puis elle a retenu, opérant un revirement, qu'il incombait aux juges du fond de rechercher si les éléments de preuve apportés par les victimes constituaient des présomptions graves, précises et concordantes (1re Civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 05-20.317, *Bull.* 2008, I, n° 148 et pourvoi n° 06-10.967, *Bull.* 2008, I, n° 149), les juges ne pouvant se limiter à une approche purement probabiliste déduite de l'absence de lien scientifique et statistique entre la vaccination et le développement de la maladie (pourvoi n° 05-20.317 précité). Ils ne peuvent non plus exiger en l'espèce une causalité certaine (1re Civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-12.781, *Bull.* 2009, I, n° 141).

Ce progrès pour les droits des victimes a été en grande partie neutralisé par le régime de la preuve par présomptions, laquelle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, de sorte que les pourvois contre les décisions de cour d'appel ayant estimé le lien causal non établi sont en général voués à l'échec : voir, par exemple, pour un syndrome de Guillain-Barré apparu après vaccination contre l'hépatite B, 1re Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-16.449, *Bull.* 2009, I, n° 11 ; pour des cas de scléroses en plaques après vaccination contre l'hépatite B, 1re Civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-14.493 (un autre arrêt du même jour, 1re Civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-11.073, *Bull.* 2009, I,

n° 176, approuve la cour d'appel d'avoir retenu le lien de causalité) ; 1re Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-16.097, *Bull.* 2009, I, n° 185 ; 1re Civ., 25 novembre 2010, pourvoi n° 09-16.556, *Bull.* 2010, I, n° 245 ; 1re Civ., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15.289 ; 26 janvier 2012, pourvoi n° 10-28.195. L'arrêt du 25 novembre 2010 précité, publié au *Rapport*, approuve la cour d'appel ayant estimé « qu'en l'absence de consensus scientifique en faveur d'un lien de causalité entre la vaccination et les affections démyélinisantes, le fait que [la personne vaccinée] ne présentait aucun antécédent personnel ou familial et le fait que les premiers symptômes étaient apparus quinze jours après la dernière injection ne constituaient pas des présomptions graves, précises et concordantes en sorte que n'était pas établie une corrélation entre l'affection de [la personne vaccinée] et la vaccination ».

La jurisprudence judiciaire se démarque désormais de celle du Conseil d'État qui contrôle, au regard des éléments de fait, tels le bref délai entre la vaccination et la date des premiers symptômes, voire l'aggravation de symptômes antérieurs lorsque la pathologie s'est « à la suite de la vaccination, développée avec une ampleur et à un rythme qui n'étaient pas normalement prévisibles au vu des atteintes que présentait la personne antérieurement à celle-ci », l'absence d'erreur de droit dans l'appréciation de la causalité par les premiers juges (CE, 13 février 2012, n° 331348 ; CE, 17 février 2012, n° 331277).

Les affaires dites du Distilbène posent en outre avec acuité la question du risque de la preuve pour les victimes. En effet, s'il ne fait aucun doute, sur le plan scientifique, que certaines malformations utérines ou certains types de cancers dont sont atteintes des femmes, actuellement en âge de procréer, sont en relation directe avec le DES, il existe une difficulté majeure pour ces victimes du fait qu'elles ne disposent pas des documents nécessaires pour démontrer que cette molécule a bien été prescrite à leur mère pendant la grossesse, sous la forme de la spécialité précitée, ou d'une autre, distribuée par un autre laboratoire et également sur le marché à la même époque.

Après qu'un arrêt du 7 mars 2006 (1re Civ., 7 mars 2006, pourvoi n° 04-16.179, *Bull.* 2006, I, n° 142) a retenu la responsabilité du fabricant pour avoir manqué à son obligation de vigilance, deux arrêts du 24 septembre 2009 ont jeté les bases d'une solution équilibrée. S'il appartient en effet à la victime de prouver qu'elle a été exposée au médicament litigieux, preuve qui n'est pas rapportée dès lors que la cour d'appel a constaté que le DES n'était pas la seule cause possible de la pathologie dont elle souffrait (1re Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-10.081, *Bull.* 2009, I, n° 186 ; voir, depuis, 1re Civ., 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-15.759), la première chambre civile retient que, dès lors que le DES a bien été la cause directe de la pathologie tumorale, et partant, que la demanderesse a été exposée *in utero* à la molécule litigieuse, il appartient alors à chacun des laboratoires ayant mis sur le marché un produit contenant la molécule litigieuse de prouver que son produit n'est pas à l'origine du dommage (1re Civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-16.305, *Bull.* 2009, I, n° 187 ; 1re Civ., 28 janvier 2010, pourvoi n° 08-18.837, *Bull.* 2010, I, n° 22).

§ 3. Preuve de l'information médicale

La Cour de cassation, qui faisait traditionnellement peser sur le patient la preuve du défaut d'information médicale (1re Civ., 21 février 1961, pourvoi n° 59-10.825, *Bull.* 1961, I, n° 115), a jugé, par un revirement spectaculaire, au visa de l'article 1315 du code civil, qu'il appartenait au médecin, tenu d'une obligation particulière d'information quant

aux risques inhérents à l'acte médical, de rapporter la preuve de son exécution (1re Civ., 25 février 1997, pourvoi no 94-19.685, *Bull*. 1997, I, no 75). Il a été rapidement précisé que cette preuve pouvait être rapportée par tous moyens (1re Civ., 14 octobre 1997, pourvoi no 95-19.609, *Bull*. 1997, I, no 278).

Le législateur devait ensuite reprendre la jurisprudence à son compte dans l'article L. 1111-2 du code de la santé publique, désormais visé dans les arrêts les plus récents de la première chambre civile, afin de marquer le fondement légal de la responsabilité encourue, substitué au fondement contractuel mis en place par la jurisprudence antérieure.

Si le professionnel de santé ne peut se prévaloir de simples allégations (1re Civ., 14 octobre 2010, pourvoi no 09-70.221), ni du seul délai qui s'est écoulé entre deux consultations (1re Civ., 28 octobre 2010, pourvoi no 09-13.990), la Cour de cassation a jugé qu'une cour d'appel pouvait se fonder sur les circonstances de l'intervention pour retenir que le praticien avait rempli son obligation d'information, lorsqu'il résultait de l'expertise et de ses constatations que la patiente, atteinte de séquelles après une intervention d'arthrodèse des vertèbres en janvier 2005, avait déjà subi une telle intervention par le même chirurgien avec un résultat favorable, qu'elle était suivie par lui depuis l'année 2000, que les douleurs lombaires étant réapparues en 2002, elle l'avait revu à cette époque puis à de très nombreuses reprises avant que soit posée l'indication chirurgicale, face à la résistance de la symptomatologie au traitement médical et à la rééducation après trois années d'essai, que chaque consultation était suivie d'une lettre du chirurgien adressée au médecin traitant, qu'il avait prescrit une IRM lombaire et que l'intervention n'avait été programmée qu'après une nouvelle consultation (1re Civ., 12 juin 2012, pourvoi no 11-18.928, *Bull*. 2012, I, no 130). Lorsque la patiente, parfaitement informée des risques liés à sa séropositivité, a dissimulé son état à l'établissement où elle devait accoucher, aucune faute ne peut être établie à l'égard de ce dernier (1re Civ., 20 janvier 2011, pourvoi no 09-68.042).

Section 4 – En droit de la sécurité sociale

Dans de nombreux cas, la question de l'attribution de la charge de la preuve oppose l'organisme de sécurité sociale et le cotisant ou redevable. Le contentieux du redressement des cotisations de sécurité sociale (§ 1), celui du recouvrement de l'indu (§ 2) et celui de la preuve de la date d'une décision (§ 3) l'attestent. Dans d'autres litiges, ce sont les rapports entre le salarié et l'employeur qui soulèvent des questions d'attribution du risque de la preuve. Tel est par exemple le cas s'agissant de la charge de la preuve d'une faute inexcusable (§ 4).

§ 1. Preuve en matière de redressement des cotisations de sécurité sociale

En cas de redressement des cotisations de sécurité sociale, deux questions probatoires peuvent notamment se poser, celle d'une prise de position de l'administration (A) et celle d'une comptabilité du redevable susceptible d'être écartée (B).

A. Preuve du silence circonstancié de l'agent de contrôle

Pour faire échec à un redressement dûment fondé des cotisations et contributions à sa charge, le redevable peut opposer, lors d'un contrôle effectué par l'organisme de

recouvrement, l'approbation de la pratique suivie au sein de son entreprise par le représentant de l'organisme lors d'un précédent contrôle. Initialement formulée par la Cour de cassation, cette faculté découle aujourd'hui des dispositions insérées dans le corps de l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale (dernier alinéa) par le décret n° 99-434 du 28 mai 1999. Elle est ouverte non seulement lorsque le redevable peut exciper d'une approbation expresse de sa pratique, résultant, par exemple, des termes mêmes des rapports et documents établis lors du précédent contrôle, mais également lorsqu'il est établi, compte tenu des documents et éléments dont disposait l'agent chargé du précédent contrôle, que ce dernier était en mesure de relever les irrégularités commises par le redevable. C'est toutefois au redevable qu'il appartient de rapporter la preuve du silence circonstancié de l'agent chargé du précédent contrôle et, au premier chef, des documents et pièces effectivement en sa possession (pour des applications récentes, voir 2e Civ., 10 septembre 2009, pourvoi n° 08-17.126 ; 2e Civ., 28 janvier 2010, pourvoi n° 08-21.783, *Bull.* 2010, II, n° 23 ; 2e Civ., 16 février 2012, pourvoi n° 11-10.690).

B. Preuve de l'insuffisance de la comptabilité de l'assuré

Lorsqu'elle procède au redressement des cotisations et contributions dues par un employeur ou par un travailleur indépendant, l'URSSAF doit, en principe, évaluer les bases des cotisations et prélèvements et calculer le montant des sommes dues en fonction des éléments produits par le redevable. Elle peut toutefois écarter la comptabilité du redevable lorsque celle-ci s'avère inexistante, lacunaire, insuffisante ou insincère, et procéder à l'évaluation d'office des bases du redressement. C'est à l'organisme de recouvrement qu'il appartient de rapporter la preuve des défauts affectant la comptabilité du redevable ; à défaut, le redressement opéré sur des bases forfaitaires est entaché de nullité (Soc., 6 février 1997, pourvoi n° 95-15.194 ; Soc., 27 juin 1996, pourvoi n° 94-14.199 ; Soc., 23 novembre 2000, pourvoi n° 98-22.035 [1er moyen, 2nde branche], *Bull.* 2000, V, n° 389 ; Soc., 23 mai 2002, pourvoi n° 00-17.257 ; 2e Civ., 14 septembre 2006, pourvoi n° 05-11.840, *Bull.* 2006, II, n° 234) ; lorsque le bien-fondé du recours à l'évaluation d'office est établi, c'est en revanche au redevable qu'incombe la preuve du caractère erroné ou exagéré des bases retenues par l'organisme de recouvrement (Soc., 22 mars 1979, pourvoi n° 77-14.319, *Bull.* 1979, V, n° 271 ; Soc., 23 février 1995, pourvoi n° 92-18.385 [2nd moyen], *Bull.* 1995, V, n° 74, *D.* 1996, somm., p. 43, obs. X. Prétot).

§ 2. Preuve en cas de recouvrement de l'indu

Issues des dispositions de l'ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de soins, plusieurs fois modifiées et étendues, les dispositions de l'article L. 133-4 du code de la sécurité sociale habilitent les organismes d'assurance maladie à recouvrer directement auprès du professionnel ou de l'établissement de santé les indus nés du non-respect des règles de tarification et de facturation des actes, soins et prestations pris en charge au titre des prestations en nature par les régimes d'assurance maladie. La procédure conduit, après contrôle exercé, selon le cas, par les services de l'organisme lui-même, par le service du contrôle médical ou encore par les services de l'agence régionale de santé et discussion contradictoire, à la notification d'un indu par voie de mise en demeure, suivie, le cas échéant, d'une contrainte selon les règles applicables pour le recouvrement forcé des cotisations de sécurité sociale.

La mise en œuvre de ces dispositions a conduit la Cour de cassation à préciser, à raison de l'application des nouvelles règles de tarification et de facturation (classification commune des actes médicaux [CCAM], tarification à l'activité [T2A], liste des produits et prestations de santé [LPPS]), les points suivants :
– c'est à l'organisme d'assurance maladie, auquel revient l'initiative de la demande d'indu, qu'il revient de rapporter la preuve du non-respect des règles de tarification et de facturation par le professionnel ou l'établissement (Soc., 2 avril 1998, pourvoi n° 96-17.055, *Bull.* 1998, V, n° 197 et 8 février 2001, pourvoi n° 99-17.453, *Bull.* 2001, V, n° 51 ; 2e Civ., 21 septembre 2004, pourvoi n° 03-30.118, *Bull.* 2004, II, n° 405) ;
– le professionnel ou l'établissement de santé peut discuter des éléments de preuve produits par l'organisme : la seule circonstance que le compte rendu d'examen ne figure pas au dossier médical du patient ne suffit ainsi pas à fonder une demande de répétition de l'indu (Soc., 17 janvier 2002, pourvoi n° 00-16.162) ;
– l'appréciation des éléments de fait et de preuve ressortit au pouvoir souverain des juges du fond (2e Civ., 2 novembre 2004, pourvoi n° 03-30.363 ; 2e Civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-10.170).

Il appartient d'ailleurs, plus généralement, au juge du fond, appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve soumis par les parties, de s'assurer du bien-fondé de la tarification et de la facturation des actes, soins et prestations litigieux, sans qu'il en résulte, ce faisant, une inversion de la charge de la preuve (2e Civ., 7 octobre 2010, pourvoi n° 09-16.661 ; 2e Civ., 16 décembre 2010, pourvois n° 09-17.188 et n° 09-17.215 [deux arrêts] ; 2e Civ., 17 février 2011, pourvoi n° 10-16.179, *Bull.* 2011, II, n° 51 ; 2e Civ., 17 mars 2011, pourvoi n° 10-16.140 ; 2e Civ., 7 juillet 2011, pourvoi n° 10-21.579). La qualification même des actes au regard de la règle tarifaire est soumise en revanche au contrôle de la Cour de cassation (voir, par exemple, 2e Civ., 6 mai 2010, pourvoi n° 09-14.544, *Bull.* 2010, II, n° 92 ; 2e Civ., 10 novembre 2011, pourvoi n° 10-26.924).

§ 3. Preuve de la date de notification d'une décision

Si la jurisprudence met logiquement à la charge de l'organisme de sécurité sociale, lorsque celui-ci entend se prévaloir de la forclusion découlant de l'expiration des délais impartis pour la saisine des juridictions du contentieux général, la preuve de la date de la notification de la décision, ainsi que des mentions qui doivent y être portées (2e Civ., 3 mars 2011, pourvoi n° 09-70.315, *Bull.* 2011, II, n° 60), aucune décision n'est intervenue, semble-t-il, sur la manière d'administrer la preuve de la réception de la décision de l'organisme lorsque la notification de celle-ci n'a pas fait l'objet d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

§ 4. Preuve de la faute inexcusable

Même s'il bénéficie d'une présomption d'imputabilité de l'accident au travail (article L. 411-1 du code de la sécurité sociale), le demandeur à l'action en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur doit établir la faute de ce dernier (A) ainsi que le lien de causalité (B) entre cette faute et l'accident du travail [ou la maladie professionnelle] dont il a été victime.

A. Obligation de sécurité de résultat et éléments constitutifs de la faute

À la définition de la faute inexcusable résultant de l'arrêt « Veuve X… » de 1941 (Cass. ch. réunies, 15 juillet 1941, *D.*, recueil critique, 1941, p. 117, note A. Rouast), la Cour de cassation a substitué, en interprétation de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale et en application de l'article 1147 du code civil, une « obligation non plus de moyen, mais de résultat, pesant sur l'employeur en matière de sécurité » (J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 17e éd., 2011, no 903). La Cour de cassation, depuis ses arrêts « amiante » du 28 février 2002, indique en effet qu'« en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat » et que « le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable au sens de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver » (Soc., 28 février 2002, pourvoi no 00-10.051, *Bull.* 2002, V, no 81, *D.* 2002, p. 2696, note X. Prétot). Par conséquent, la simple survenance d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle suffit à démontrer la non-réalisation de l'obligation de résultat.

Il ressort de cette jurisprudence que sont exigées deux conditions cumulatives pour retenir la faute inexcusable de l'employeur : un acte ou une omission volontaire (1) ainsi que la conscience du danger de l'employeur (2), éléments devant être établis par le demandeur à l'action en faute inexcusable de l'employeur (3).

1. Acte ou omission volontaire de l'employeur

La sécheresse de la formule des arrêts « amiante » du 28 février 2002 aurait pu indiquer que l'omission fautive n'avait plus à présenter un caractère volontaire, le juge se contentant d'une faute matérielle ou objective, déduite du simple constat que le préjudice (accident ou maladie) s'était produit. Mais la Cour de cassation a rappelé « qu'il incombait [à la victime] de prouver que son employeur, qui devait avoir conscience du danger auquel [était exposé le salarié] n'avait pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver » (2e Civ., 8 juillet 2004, pourvoi no 02-30.984, *Bull.* 2004, II, no 394 ; 2e Civ., 5 juillet 2005, pourvoi no 04-14.327 ; voir aussi, 2e Civ., 27 juin 2002, pourvoi no 01-20.138 ; 2e Civ., 27 janvier 2004, pourvoi 02-30.693, *Bull.* 2004, II, no 25, *Dr. soc.* 2004, p. 436, note X. Prétot).

Il en résulte que la jurisprudence est encore loin d'admettre une présomption de faute inexcusable de l'employeur, seule la conscience du danger restant indispensable pour fonder le manquement à l'obligation de sécurité de l'employeur (J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 17e éd., 2011, no 903). Cette conscience est, certes, souvent déduite de l'omission de prendre les mesures nécessaires pour protéger le salarié, ou, plus largement, du non-respect des réglementations en matière de sécurité (2e Civ., 12 mai 2003, pourvoi no 01-21.071, *Bull.* 2003, II, no 141 ; 2e Civ., 16 mars 2004, pourvoi no 02-30.979). En revanche, s'il y a conformité à la réglementation, absence d'anomalies de matériels utilisés ou encore, si les salariés, étant expérimentés, ont utilisé des techniques habituelles et éprouvées, la conscience du danger est écartée, et partant, la faute inexcusable n'est pas caractérisée (2e Civ., 1er juillet 2003, pourvoi no 02-30.542, *Bull.* 2003, II, no 219).

2. Conscience du danger que devait avoir l'employeur

Cette exigence ne vise pas une connaissance effective du danger, la Cour de cassation se bornant à constater que l'employeur « ne pouvait ignorer » celui-ci (Soc., 21 décembre 1965, pourvoi n° 62-11.277, *Bull.* 1965, V, n° 965 ; Soc., 3 décembre 1998, pourvoi n° 96-17.500) ou ne pouvait pas ne pas en avoir conscience. Appréciant cette condition *in abstracto*, elle se réfère, à partir d'un faisceau d'éléments de fait (accidents antérieurs, formation…) à un entrepreneur avisé ou averti, soulignant les qualités professionnelles qu'un tel responsable doit posséder, ainsi que les initiatives qu'il doit prendre (2e Civ., 11 octobre 2006, pourvoi n° 05-14.175). Les arrêts « amiante » du 28 février 2002 ne remettent pas, là encore, en cause cette condition essentielle. En effet, le manquement à l'obligation de sécurité de résultat issue du contrat de travail ne présente le caractère d'une faute inexcusable que lorsque « l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en protéger ».

À ce titre, le juge est invité à rechercher si, « compte tenu notamment de son importance, de son organisation, de la nature de son activité et des travaux auxquels était affecté son salarié, [l'employeur] n'aurait pas dû avoir conscience du danger auquel il était exposé » (2e Civ., 3 juillet 2008, pourvoi n° 07-18.689, *Bull.* 2008, II, n° 167).

3. Preuve de la faute inexcusable par le demandeur à l'action

Faisant une application parfaitement orthodoxe de l'article 1315 du code civil, la jurisprudence exige de la victime ou de ses ayants droit la démonstration de la faute inexcusable (Soc., 8 janvier 1959, pourvoi n° 57-50.086, *Bull.* 1959, IV, n° 46, p. 40). Dans le prolongement des arrêts « amiante », la Cour de cassation affirme invariablement qu'« il incombe [au salarié créditeur de l'obligation de sécurité] de prouver que son employeur, qui devait avoir conscience du danger auquel il était exposé, n'avait pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver » (2e Civ., 8 juillet 2004, pourvoi n° 02-30.984, *Bull.* 2004, II, n° 394). Doit donc être établi le fait que l'employeur a manqué à son obligation de sécurité de résultat (2e Civ., 21 février 2008, pourvoi n° 06-21.025). Tel n'est pas le cas, s'agissant de la maladie professionnelle, lorsque l'origine exacte de l'affection pourtant certaine dont souffrait le salarié n'a pu être caractérisée (2e Civ., 22 mars 2005, pourvoi n° 03-20.044, *Bull.* 2005, II, n° 74) ou, s'agissant de l'accident du travail, lorsque les circonstances de l'accident restent indéterminées (2e Civ., 30 juin 2011, pourvoi n° 10-20.778).

B. Nécessité d'un lien de causalité

Depuis les arrêts du 28 février 2002, la Cour de cassation a abandonné la théorie de la causalité adéquate au profit de celle, plus large, de l'équivalence des conditions. Désormais, « il est indifférent que la faute inexcusable commise par l'employeur ait été la cause déterminante de l'accident survenu au salarié […], il suffit qu'elle en soit une cause nécessaire pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée, alors même que d'autres fautes auraient concouru au dommage » (Soc., 31 octobre 2002, pourvoi n° 00-18.359, *Bull.* 2002, V, n° 336 ; Ass. plén., 24 juin 2005, pourvoi n° 03-30.038, *Bull.* 2005, Ass. plén., n° 7, *JCP* 2005, éd. S, 1056, note P. Morvan ; 2e Civ., 2 mai 2007, pourvoi n° 06-12.260).

Il incombe donc au salarié, agissant sur le terrain de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur, de rapporter au moins un indice selon lequel l'accident ou la maladie dont il souffre trouve son origine dans l'exécution de son travail, en particulier dans une « anomalie du matériel » utilisé (Soc., 31 octobre 2002, pourvoi n° 01-20.445, *Bull.* 2002, V, n° 335), qui peut découler de sa non-conformité à la réglementation.

Dans cette perspective, l'indétermination des causes de l'accident empêche de tisser le moindre lien de causalité (2e Civ., 1er juillet 2003, pourvoi n° 02-30.542, *Bull.* 2003, II, n° 219). Dans le même sens, est en principe écartée la faute inexcusable de l'employeur lorsque les circonstances exactes de l'accident ne sont pas établies et qu'aucun manquement lié à l'accident n'est imputable à l'employeur (Soc., 11 avril 2002, pourvoi n° 00-16.754 ; Soc., 31 octobre 2002, pourvoi n° 01-20.445, *Bull.* 2002, V, n° 335).

En définitive, l'absence de conscience du danger, tout autant que l'indétermination des causes de l'accident, constituent des échappatoires qui sont laissées ouvertes par la formulation même de l'attendu de base des arrêts du 28 février 2002, repris à nouveau par l'assemblée plénière en 2005 (Ass. plén., 24 juin 2005, pourvoi n° 03-30.038, *Bull.* 2005, Ass. plén. n° 7, *JCP* 2005, éd. S, 1056, note P. Morvan ; *D.* 2005, p. 2375, note Y. Saint-Jours ; *Dr. soc.* 2005, p. 1067, note X. Prétot).

Section 5 – En droit du travail

En droit du travail, la charge de la preuve est répartie entre d'une part le salarié ou ses représentants (syndicats, institutions représentatives du personnel) et d'autre part l'employeur. S'il arrive fréquemment que ce dernier doive supporter la preuve de faits dont il est en pratique le détenteur (§ 1), il est fréquent que le droit social opère une répartition de la charge probatoire entre le salarié-demandeur et l'employeur-défendeur. Il en va ainsi notamment s'agissant de la preuve du harcèlement (§ 2), des discriminations (§ 3), et de l'accomplissement d'heures supplémentaires (§ 4).

§ 1. Preuve dans le contentieux des élections professionnelles

La loi organise, en matière d'élections professionnelles en entreprise, une répartition des rôles entre les différents acteurs, qui a une influence directe sur la répartition de la charge de la preuve en cas de contentieux.

C'est en effet à l'employeur qu'incombe la responsabilité de l'initiative et de l'organisation des élections en entreprise (articles L. 2314-2 et L. 2324-3 du code du travail). Mais cette organisation doit se faire en concertation et sous l'entier contrôle des organisations syndicales, lesquelles sont à double titre intéressées au bon déroulement du processus :

– d'abord, parce qu'ayant le monopole de présentation des candidats au premier tour, elles sont les acteurs directs du processus électoral (articles L. 2314-24 et L. 2324-22 du code du travail). Ce monopole traditionnel de présentation des candidats au premier tour a été contesté, sous forme d'une question prioritaire de constitutionnalité, que la Cour de cassation n'a pas estimée suffisamment sérieuse pour être transmise (Soc., 18 janvier 2011, QPC n° 10-40.054) ;

– mais aussi, parce qu'elles ont pour mission générale de veiller au respect des droits collectifs des salariés de l'entreprise, et qu'à ce titre, elles doivent veiller à ce que la

mise en place des institutions représentatives du personnel se fasse dans le respect des conditions légales.

La jurisprudence en a déduit que l'action en contestation du processus électoral devait être très largement ouverte aux organisations syndicales, à qui est reconnu un intérêt à agir dans ce domaine dès lors qu'elles ont des adhérents dans l'entreprise concernée, et ce, même si elles ne remplissent pas les conditions pour présenter des candidats aux élections professionnelles. Une seule limite est posée à l'action des syndicats : ils ne peuvent plus contester le déroulement des élections s'ils ont participé à la négociation du protocole préélectoral et présenté des candidats sans émettre de réserves particulières (Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 10-60.201, *Bull.* 2011, V, n° 61). C'est dire l'importance de la vigilance que doivent exercer en amont les syndicats.

Pour exercer leur droit de participation à la négociation préélectorale, et leur devoir de vigilance sur l'organisation du scrutin, les organisations syndicales doivent disposer d'un certain nombre d'éléments d'information internes à l'entreprise. Or l'employeur détient seul toutes ces informations, et les syndicats n'ont d'autres moyens d'en avoir connaissance que par son intermédiaire. La jurisprudence a dès lors mis à la charge de l'employeur une obligation générale d'information, à l'égard des syndicats, sur toutes les données internes pouvant avoir une incidence sur les modalités d'organisation du scrutin. Ce qui est le cas notamment :
– des éléments permettant de déterminer le périmètre efficace dans lequel doivent se dérouler les élections (caractérisation de l'établissement distinct) ;
– des effectifs de l'entreprise, ce qui inclut de connaître non seulement le nombre de salariés employés dans l'entreprise, mais la nature de leur contrat (temps partiel, durée déterminée), et l'existence de salariés mis à disposition ;
– des catégories de salariés employés dans l'entreprise, pour décider de la composition des collèges électoraux et de la répartition des sièges et des électeurs entre ces collèges.

De cette obligation fondamentale de l'employeur de fournir aux organisations syndicales, pour la loyauté des opérations électorales, les informations qu'il détient de façon exclusive, sans que puisse être opposée une confidentialité liée à la nature de ces informations (Soc., 20 mars 2002, pourvoi n° 00-60.315, *Bull.* 2002, V, n° 95), la jurisprudence a tiré trois conséquences :

1° Le simple fait pour l'employeur de n'avoir pas communiqué aux organisations syndicales les éléments d'information qu'il détenait et qui étaient nécessaires pour que ces dernières puissent exercer leur contrôle vicie le scrutin à la base. Il en résulte que l'annulation des élections peut être demandée alors même que l'employeur s'offre de prouver qu'il a organisé correctement les opérations électorales (Soc., 13 mai 2009, pourvoi n° 08-60.530, *Bull.* 2009, V, n° 130).

2° Lorsque les organisations syndicales agissent en justice pour contester le déroulement des opérations électorales, la charge de la preuve des informations qui sont de nature à démontrer que le processus est conforme à la situation de l'entreprise incombe à l'employeur (Soc., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-60.434, *Bull.* 2008, V, n° 219, *D.* 2009, p. 590, note L. Camaji) : il appartient à l'employeur responsable de l'organisation de l'élection de fournir aux organisations syndicales les éléments nécessaires au contrôle des effectifs et de l'électorat.

3° Mieux encore, s'agissant des salariés mis à disposition, auxquels la loi donne à choisir entre voter dans leur entreprise d'origine et voter dans l'entreprise d'accueil lorsqu'ils remplissent certaines conditions (articles L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 du code du travail), la jurisprudence a mis à la charge de l'employeur, en sa qualité de responsable des élections, non seulement la fourniture de tous les éléments en sa possession, mais également la recherche de ces éléments, s'il n'en dispose pas, auprès de ses entreprises prestataires, si nécessaire en en demandant judiciairement la production par ces entreprises. Et ce, afin de pouvoir mettre ensuite les organisations syndicales en mesure d'en disposer (Soc., 26 mai 2010, pourvoi n° 09-60.400, *Bull.* 2010, V, n° 114. Sur ce mécanisme très particulier, voir M.-L. Morin, L. Pécaut-Rivolier et Y. Struillou, *Le Guide des élections professionnelles et des désignations des représentants syndicaux dans l'entreprise*, Dalloz, 2e éd., 2011, n° 331.81 et s.).

Il résulte de ces décisions une approche particulièrement pragmatique de la chambre sociale de la Cour de cassation en matière de preuve, qui pourrait se résumer par la formule suivante : la preuve incombe à celui qui la détient, ou même, à celui qui, ne l'ayant pas, est cependant seul en mesure de l'obtenir. Cet aménagement du droit de la preuve, qui ne tient plus compte de l'auteur de la demande en justice, mais de la réalité pratique, vise à permettre l'efficience de l'application de la norme juridique en tenant compte des éléments de fait spécifiques à la matière des élections professionnelles.

§ 2. Preuve en matière de harcèlement

C'est l'article L. 1154-1 du code du travail qui précise les modalités de la répartition de la charge de la preuve en cas de litige relatif aux harcèlements moral et sexuel tels que prévus par les articles L. 1152-1 et L. 1153-1 du code du travail : « Le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

Applicable désormais aux deux harcèlements, moral et sexuel, ce régime probatoire est d'abord issu des directives de l'Union européenne : la directive 76/207/CEE du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail considère, dans son article 2, les harcèlements liés au sexe d'une personne comme des discriminations. La directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, instaure, par son article 4, un régime particulier de la charge de la preuve : « dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ».

La notion de harcèlement sexuel dans les relations de travail, et son interdiction, ont été introduites dans le droit interne par la loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail et modifiant le code

du travail et le code de procédure pénale. Mais aucune disposition relative à la charge de la preuve n'a été adoptée à cette occasion. Ce n'est finalement qu'à l'occasion de la transposition de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, et notamment de son article 10 relatif à la charge de la preuve, par la loi de modernisation sociale n° 2002-73 du 17 janvier 2002, qu'il a été décidé d'introduire l'article L. 122-52 du code du travail qui fixe le régime de la preuve applicable tant pour le harcèlement moral que pour le harcèlement sexuel. Cet article a connu enfin, avant recodification à l'article L. 1154-1, une modification, introduite par la loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003, visant à remplacer la locution « présenter des faits » par « établit des faits » conformément à la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002.

– Jusqu'à ses arrêts du 24 septembre 2008 (pourvoi n° 06-45.747, pourvoi n° 06-45.579, pourvoi n° 06-43.504, *Bull.* 2008, V, n° 175 [3 arrêts] et pourvoi n° 06-46.517, *Bull.* 2008, V, n° 177), la chambre sociale laissait la caractérisation d'un harcèlement sexuel ou moral à l'appréciation souveraine des juges du fond. Rares sont donc les arrêts antérieurs à cette date manifestant l'existence d'un contrôle opéré par la chambre sur le régime probatoire appliqué par les juges du fond dans ces affaires (voir, par exemple, Soc., 9 avril 1998, pourvoi n° 96-44.214, s'agissant d'un harcèlement sexuel ou Soc., 27 octobre 2004, pourvoi n° 04-41.008, *Bull.* 2004, V, n° 267, pour un harcèlement moral).

Toutefois, s'agissant du harcèlement sexuel, un contrôle de qualification s'est peu à peu instauré par le biais du contrôle opéré classiquement sur la notion de faute grave (Soc., 19 avril 2000, pourvoi n° 98-40.583), surtout dès lors que la chambre a jugé que le harcèlement sexuel commis par un salarié constituait nécessairement une faute grave (Soc., 19 avril 2000, pourvoi n° 98-40.583 précité et Soc., 5 mars 2002, pourvoi n° 00-40.717, *Bull.* 2002, V, n° 83).

– Les conditions de mise en œuvre du régime probatoire prévu à l'article L. 1154-1 du code du travail ont été modifiées par l'arrêt rendu le 10 novembre 2009 (pourvoi n° 08-41.497, *Bull.* 2009, V, n° 248 ; voir également, Soc., 15 novembre 2011, pourvoi n° 10-30.463, *Bull.* 2011, V, n° 261 et pourvoi n° 10-10.687, *Bull.* 2011, V, n° 259) sur la question de savoir si le harcèlement moral pouvait, ou non, être caractérisé indépendamment de l'intention de son auteur. En répondant positivement à cette question, la chambre sociale s'en est tenue à une stricte interprétation de l'article L. 1152-1 du code du travail qui vise « les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation [des] conditions de travail [du salarié] susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ». Elle a ainsi ouvert la voie à la reconnaissance de ce que certains nomment le « harcèlement managérial » ou « institutionnel » (Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 07-45.321, *Bull.* 2009, V, n° 247). Encore faut-il que le salarié qui s'en plaint ait personnellement et effectivement subi des agissements répétés de harcèlement moral (voir, également, Soc., 20 octobre 2010, pourvoi n° 08-19.748, *Bull.* 2010, V, n° 242). La chambre a par ailleurs précisé que, conformément au texte de l'article L. 1152-1 du code du travail, un seul agissement ne permettait pas de caractériser le harcèlement moral (Soc., 9 décembre 2009, pourvoi n° 07-45.521, *Bull.* 2009, V, n° 280), qu'aucune contrainte de temps n'entrait dans la définition du harcèlement moral (Soc., 26 mai 2010, pourvoi n° 08-43.152, *Bull.* 2010, V, n° 111), et qu'enfin, s'il

était nécessaire de faire apparaître une dégradation des conditions de travail du salarié, il n'était pas nécessaire que l'une ou l'autre des conséquences sur le respect des droits ou de la dignité, sur l'altération de la santé ou sur la compromission de l'avenir professionnel soit réalisée (« susceptible de » selon le texte), *a fortiori*, toutes ensemble.

S'agissant du harcèlement sexuel, la chambre n'a guère eu l'occasion de préciser la définition de l'article L. 1153-1, avant sa modification par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel. Cependant, par deux arrêts récents (Soc., 19 octobre 2011, pourvoi n° 09-72.672, *Bull.* 2011, V, n° 236 et Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-12.930, *Bull.* 2012, V, n° 9), il a été retenu une conception large du harcèlement sexuel qui, selon la chambre, peut être caractérisé lorsqu'il concerne des personnes avec lesquelles le harceleur est en contact en raison de son travail, même si les agissements, à proprement parler, de harcèlement, sont commis en dehors du lieu et du temps de travail.

– Ces précisions relatives au contenu même des définitions du harcèlement moral et sexuel, se sont accompagnées d'une explicitation par la chambre sociale de l'office du juge.

La notion de harcèlement, qu'il soit moral ou sexuel, suppose l'existence d'agissements répétés, sauf dans la conception du harcèlement « discrimination » retenue par les directives de l'Union européenne. C'est donc en prenant en compte l'ensemble de ces agissements que le juge peut porter une appréciation sur la question de savoir s'ils sont de nature à permettre de présumer l'existence d'un harcèlement. Il appartient donc au juge, d'abord, de ne retenir que les faits qui sont matériellement établis, puis de dire si ces éléments pris dans leur ensemble laissent présumer l'existence d'un harcèlement. Si tel est le cas, c'est à l'employeur de démontrer que ces agissements sont étrangers à tout harcèlement. Enfin, au vu de ces explications, le juge forme sa conviction et retient ou non la qualification de harcèlement moral ou sexuel. Ce mode opératoire exclut que le juge se prononce séparément sur chacun des éléments avancés par le salarié, car ce qui permet de caractériser le harcèlement, c'est bien l'appréciation portée sur l'ensemble des agissements, telle ou telle mesure ne conduisant pas nécessairement à la même analyse selon qu'elle est examinée indépendamment des autres agissements ou qu'elle est regardée comme un élément d'un tout. Cette façon de procéder n'est pas étrangère au juge du travail qui l'utilise déjà, par exemple, pour décider de l'existence ou non d'un contrat de travail (Soc., 25 janvier 2011, pourvoi n° 09-42.766, *Bull.* 2011, V, n° 30 et Soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-27.766, *Bull.* 2012, V, n° 170). C'est ainsi qu'il ne saurait être reproché à un salarié qui, se fondant sur un ou plusieurs certificats médicaux, fait état d'une dégradation de son état de santé, de ne pas établir le lien entre son état de santé et le harcèlement moral qu'il prétend avoir subi. Le juge prendra en compte cette dégradation de l'état de santé attestée par le certificat médical, l'analysera avec l'ensemble des autres éléments établis par le salarié, et il décidera si l'ensemble de ces éléments permet de présumer l'existence d'un harcèlement moral (Soc., 30 avril 2009, pourvoi n° 07-43.219, *Bull.* 2009, V, n° 120).

– La chambre sociale a enfin été conduite à préciser le champ d'application de ce régime probatoire ainsi que la conséquence à tirer par le juge de la reconnaissance du harcèlement moral en matière de licenciement.

Par un arrêt du 7 février 2012 (pourvoi n° 10-17.393, *Bull.* 2012, V, n° 56), il a été jugé que les dispositions de l'article L. 1154-1 du code du travail ne sont pas applicables

lorsque survient un litige relatif à la mise en cause d'un salarié auquel sont reprochés des agissements de harcèlement moral. Ainsi, en matière disciplinaire, c'est le régime probatoire de l'article L. 1333-1 qui s'applique, l'employeur ne pouvant se prévaloir du régime de la preuve prévu par l'article L. 1154-1 pour justifier la sanction.

Par un arrêt du 29 juin 2011 (pourvoi n° 09-69.444, *Bull.* 2011, V, n° 168), la chambre sociale a décidé que, dans l'hypothèse où il est établi qu'un salarié a été victime d'un harcèlement moral et que le comportement qui lui est reproché constituait une réaction au harcèlement qu'il subissait, le juge n'a pas à examiner les autres motifs de licenciement et, conformément aux dispositions des articles L. 1152-2 et 3 du code du travail, doit prononcer la nullité du licenciement.

§ 3. Preuve en matière de discrimination

L'ancien article L. 122-45 du code du travail, tel qu'issu de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, disposait : « En cas de litige relatif [à l'existence d'une discrimination directe ou indirecte], le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

L'article L. 1134-1 du code du travail issu de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations a conservé la même rédaction, sauf à faire référence expresse, pour ce qui concerne la définition de la discrimination indirecte, à cette loi. Ce régime probatoire est conforme à l'article 4 de la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe et à l'article 10 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Il se situe clairement dans le prolongement de la jurisprudence de la chambre sociale, qui, par deux arrêts (Soc., 23 novembre 1999, pourvoi n° 97-42.940, *Bull.* 1999, V, n° 447 et Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-45.258, *Bull.* 2000, V, n° 126), en matière de discrimination en raison du sexe et de discrimination syndicale, avait fait application d'un tel équilibre dans la répartition de la charge de la preuve.

Naturellement, ce régime probatoire est circonscrit à la matière civile, ainsi que la chambre criminelle vient une nouvelle fois de le rappeler dans un arrêt récent (Crim., 11 avril 2012, pourvoi n° 11-83.816, *Bull. crim.* 2012, n° 95) en énonçant, au visa de l'article L. 412-2 du code du travail devenu l'article L. 2145-5 dudit code, de l'article préliminaire du code de procédure pénale et de l'article 6 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que « les articles susvisés du code du travail, concernant le délit de discrimination syndicale, n'instituent aucune dérogation à la charge de la preuve en matière pénale ; qu'il résulte des deux derniers textes visés que tout prévenu étant présumé innocent, la charge de la preuve de sa culpabilité incombe à la partie poursuivante […] [; que, dès lors,] en statuant ainsi, par des motifs impliquant un renversement de la charge de la preuve, alors qu'il lui appartenait de rechercher l'existence d'une relation de causalité entre les mesures

jugées discriminatoires et l'appartenance ou l'activité syndicale de la partie poursuivante, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés et les principes ci-dessus énoncés ».

Contesté sur le fondement de l'article 6 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en ce qu'il faisait peser sur une partie au procès une charge probatoire disproportionnée au regard de celle pesant sur son adversaire, portant ainsi atteinte au principe d'égalité des armes, notamment dans l'hypothèse d'une intervention de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) au procès, le régime probatoire institué par l'article L. 1134-1 du code du travail a été jugé conforme à ce principe « eu égard à la nécessité de protéger les droits fondamentaux de la personne concernée » (Soc., 28 janvier 2010, pourvoi n° 08-41.959, *Bull.* 2010, V, n° 28), dès lors que les parties sont en mesure de répliquer par écrit et oralement aux observations de la HALDE et que le juge apprécie la valeur probante des pièces qui lui sont fournies et qui ont été soumises au débat contradictoire (Soc., 2 juin 2010, pourvoi n° 08-40.628, *Bull.* 2010, V, n° 124 ; voir également Soc., 2 février 2011, QPC n° 10-20.415). La chambre sociale a enfin considéré qu'il appartenait au juge de concilier l'application d'une loi d'amnistie avec le régime probatoire prévu par la loi en matière de discrimination, dans le respect des droits de la défense et en veillant au respect de la vie privée des tiers, s'agissant notamment des mesures d'instruction qu'il peut décider (Soc., 15 février 2011, QPC n° 10-40.063).

La jurisprudence de la chambre sociale a précisé en quoi consistait la part de la charge de la preuve supportée par le salarié, elle a « intégré » le raisonnement des juges européens s'agissant de la notion de discrimination indirecte et des justifications que l'employeur peut apporter à certaines discriminations constatées, enfin, elle a détaillé, comme en matière de harcèlement, ce qu'était l'office du juge dans ce domaine :

La chambre veille au strict respect de l'équilibre de la charge de la preuve entre les parties, singulièrement en ce qui concerne les éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination que le salarié doit apporter.

– Elle a d'abord fait un sort particulier aux discriminations en raison de l'état de santé, en jugeant que le licenciement pour inaptitude médicale et impossibilité de reclassement, sans que cette inaptitude ait été régulièrement constatée par le médecin du travail conformément à l'article R. 4624-31 du code du travail, constituait une discrimination en raison de l'état de santé, ce qui emportait la nullité du licenciement (Soc., 26 mai 2004, pourvoi n° 02-41.325, *Bull.* 2004, V, n° 139). Dans ce domaine, il suffit donc que le salarié établisse l'existence d'une absence ou d'une irrégularité de la constatation de son inaptitude pour que la discrimination soit retenue. En l'absence de constatation d'une inaptitude, l'affectation sur un nouveau poste de travail d'une salariée, du fait de son état de santé, après un arrêt de travail pour maladie, alors même que le médecin du travail l'avait déclarée apte à son poste, constitue une mesure discriminatoire prohibée (Soc., 30 mars 2011, pourvoi n° 09-71.542, *Bull.* 2011, V, n° 81).

– Si le salarié qui se prétend victime d'une discrimination doit présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination, il n'a pas à supporter la charge de la preuve. La chambre sociale veille à ce que le régime probatoire produise tous ses effets en s'assurant que les juges du fond prennent en compte les éléments fournis par le salarié, dès lors qu'ils sont matériellement établis. Ainsi juge-t-elle que le licenciement d'un salarié, chef de rang dans un restaurant, au motif que son statut au service de la clientèle ne permet pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme

qu'il est, permet de caractériser la discrimination en raison de l'apparence physique rapportée au sexe, en l'absence de toute justification étrangère à toute discrimination (Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-28.213, *Bull.* 2012, V, n° 12). De même, le fait de demander au moment de l'embauche, à un salarié qui se prénomme Mohamed, de se faire appeler Laurent, suffit, en l'absence de tout motif étranger à une discrimination, à caractériser la discrimination directe en raison de l'origine (Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-42.286, *Bull.* 2009, V, n° 245). En matière de discrimination syndicale, le salarié qui établit notamment que son coefficient de carrière n'a pas évolué depuis sa désignation comme délégué syndical présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination sans qu'il ait à se comparer à d'autres salariés (Soc., 30 avril 2009, pourvoi n° 06-45.939, *Bull.* 2009, V, n° 119). C'est également le cas lorsque le salarié, délégué syndical, fait valoir que certaines de ses fiches d'évaluation font mention d'une disponibilité réduite du fait de ses fonctions syndicales (Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-16.655, *Bull.* 2012, V, n° 8).

– Il arrive même dans des cas exceptionnels que la chambre sociale considère que la mesure de l'employeur, contestée par le ou les salariés, est en elle-même discriminatoire, sans qu'aucune justification puisse être accueillie : ainsi la chambre énonce-t-elle qu'« est discriminatoire l'attribution par l'employeur d'une prime aux salariés selon qu'ils ont participé ou non à un mouvement de grève » (Soc., 1er juin 2010, pourvoi n° 09-40.144, *Bull.* 2010, V, n° 119).

L'introduction en droit interne, par la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, de la notion de discrimination indirecte, a suscité quelques contentieux qui ont permis à la chambre de préciser ce que le demandeur doit présenter comme éléments pour qu'ils laissent supposer l'existence d'une discrimination indirecte. Constitue une telle discrimination, selon l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs prohibés (appartenance vraie ou supposée à une ethnie ou à une race, religion, convictions, âge, handicap, orientation sexuelle ou sexe), un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés. Cependant, si cette définition se rapporte aux motifs énoncés par la loi de 2008, la discrimination indirecte concerne l'ensemble des motifs énoncés à l'article L. 1132-1 du code du travail.

– Il faut donc d'abord que la mesure, le critère ou la pratique, entraîne un désavantage pour des personnes par rapport à d'autres personnes, en d'autres termes qu'une population spécifique soit défavorisée par rapport à une autre population. Ayant eu à statuer sur le plafonnement du montant de l'indemnité de licenciement à partir de douze ans d'ancienneté prévu par une convention collective, la chambre sociale a estimé que cette mesure n'avait pas pour effet de désavantager les salariés du fait de leur âge (Soc., 30 avril 2009, pourvoi n° 07-43.945, *Bull.* 2009, V, n° 118). En revanche, dans deux autres affaires, la chambre sociale a retenu l'existence d'un désavantage pour certaines personnes par rapport à d'autres, s'agissant, d'une part, du refus d'affiliation à l'Association générale des institutions de retraite des cadres (AGIRC) des assistants sociaux de la Mutualité sociale agricole (Soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-21.489, *Bull.*

2012, V, n° 168) et, d'autre part, de l'impossibilité pour des salariés à temps partiel de bénéficier d'une allocation de retraite supplémentaire prévue par un régime de retraite complémentaire, celle-ci n'étant accessible qu'aux seuls salariés ayant été rémunérés au moins deux cents heures par trimestre pendant quinze ans (Soc., 3 juillet 2012, pourvoi n° 10-23.013, *Bull.* 2012, V, n° 206). Dans les deux cas, les demandeurs avaient apporté des éléments qui établissaient qu'une population particulière subissait le désavantage, en l'occurrence les femmes car elles représentaient la très grande majorité des salariés écartés de l'affiliation à l'AGIRC et des salariés à temps partiel du GIE Pari mutuel Hippodrome privés du bénéfice de l'allocation de retraite supplémentaire.

– Il faut ensuite vérifier si un but légitime peut justifier la discrimination indirecte et si les moyens pour réaliser ce but sont nécessaires et appropriés. Dans les deux cas, c'est le défaut de justification par l'employeur qui a conduit la chambre sociale à retenir l'existence d'une discrimination indirecte (Soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-21.489, *Bull.* 2012, V, n° 168 et Soc., 3 juillet 2012, pourvoi n° 10-23.013, *Bull.* 2012, V, n° 206, précités).

Cette spécificité du régime probatoire de la discrimination indirecte en ce qu'il impose d'apprécier les justifications à cette discrimination apportées par l'employeur, qui résulte du droit de l'Union européenne et de la jurisprudence de la CJUE, se retrouve dans quelques cas de discrimination, principalement ceux de l'âge et du handicap (articles L. 1133-2 et L. 1133-4 du code du travail). C'est effectivement sur des discriminations en raison de l'âge que la chambre sociale a eu à se prononcer. L'article L. 1133-2 du code du travail dispose que « les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime, notamment par le souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi, et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés ». Comme le suggère la rédaction même de cet article, si la justification par un but légitime paraît devoir être accueillie de manière très large – bien qu'elle ne puisse se borner à des motifs très généraux, comme l'a jugé la chambre, en l'occurrence la mise à la retraite d'office était « destinée à apporter à l'entreprise publique une souplesse durable dans la gestion de ses effectifs en fonction de l'évolution de son organisation et de son activité » (Soc., 16 février 2011, pourvoi n° 10-10.465, *Bull.* 2011, V, n° 50 ; voir également Soc., 9 octobre 2012, pourvoi n° 11-23.143, *Bull.* 2012, V, n° 254) – c'est de nouveau sur les moyens utilisés pour atteindre le but légitime que la justification est plus délicate. Ainsi la chambre a-t-elle estimé qu'il ne suffisait pas que l'objectif soit légitime, en l'occurrence le bon fonctionnement de la navigation aérienne et la sécurité des voyageurs et des salariés, pour écarter la discrimination à propos de la limite d'âge de soixante ans imposée pour l'activité de pilote (Soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 08-45.307, *Bull.* 2010, V, n° 105). Et, statuant encore dans une affaire relative à la limite d'âge de soixante ans qui s'imposait à l'époque des faits aux pilotes, elle a jugé que la cour d'appel avait exactement décidé que cette limitation de l'exercice du métier de pilote dans le transport aérien public n'étant susceptible de permettre l'embauche que de cent trente à cent cinquante pilotes en 1995, alors que le nombre de jeunes pilotes déjà formés et sans emploi était de mille deux cents, la mesure « ne constituait pas un moyen approprié et nécessaire dans le cadre d'une politique de l'emploi » (Soc., 3 juillet 2012, pourvoi n° 11-13.795, *Bull.* 2012, V, n° 205).

Si la méthode comparative n'est pas indispensable pour permettre au demandeur de présenter des éléments qui laissent supposer l'existence d'une discrimination directe (Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 07-42.849, *Bull.* 2009, V, n° 246 ; Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-14.067, *Bull.* 2011, V, n° 166), il l'utilisera souvent pour mettre en évidence la différence de traitement qu'il subit. Dans cette hypothèse, la chambre a jugé que le champ de comparaison concernait les salariés effectuant un même travail ou un travail de valeur égale, ce dernier étant défini selon les critères précisés à l'article L. 3221-4 du code du travail (Soc., 6 juillet 2010, pourvoi n° 09-40.021, *Bull.* 2010, V, n° 158). Pour que la comparaison soit pertinente sur la durée, lorsqu'il s'agit de faire apparaître un éventuel retard de carrière, il faut encore que les salariés concernés aient une ancienneté comparable et qu'ils aient été recrutés à des qualifications identiques ou très proches. Il appartient alors au juge du fond d'apprécier si le panel de comparaison ainsi constitué par le salarié et, parfois, par l'employeur, permet d'établir une différence de traitement.

– Sollicité, ou de sa propre initiative, le juge apprécie souverainement l'opportunité de recourir à des mesures d'instruction portant aussi bien sur les éléments présentés par le salarié, et laissant supposer l'existence d'une discrimination, que sur ceux apportés par l'employeur pour prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (Soc., 4 février 2009, pourvoi n° 07-42.697, *Bull.* 2009, V, n° 33).

Enfin, comme pour la caractérisation du harcèlement moral ou sexuel, la chambre sociale a jugé qu'en application des articles L. 1132-1, L. 1134-1 et L. 2141-5 du code du travail, lorsque le salarié présente plusieurs éléments de fait constituant selon lui une discrimination directe ou indirecte, ce qu'il n'est pas contraint de faire, une discrimination pouvant résulter d'un seul acte, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, laissent supposer l'existence d'une discrimination et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ses décisions sont justifiées par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-15.792, *Bull.* 2011, V, n° 166).

§ 4. Preuve des heures de travail accomplies

Selon l'article L. 3171-4 du code du travail, en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié. Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Ces dispositions, introduites par la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, instaurent un partage de la charge de la preuve entre l'employeur et le salarié.

– Très vite, la chambre a estimé que cette rédaction interdisait au juge de se prononcer sur les seuls éléments apportés par le salarié à l'appui de sa demande (Soc., 5 juin 1996, pourvoi n° 94-43.502, *Bull.* 1996, V, n° 224 et Soc., 3 juillet 1996, pourvoi n° 93-41.645, *Bull.* 1996, V, n° 261 ; voir, également, Soc., 30 septembre 2003, pourvoi n° 02-42.730, *Bull.* 2003, V, n° 248 et, plus récemment, Soc., 10 mai 2007, pourvoi n° 05-45.932, *Bull.* 2007, V, n° 71) en énonçant qu'il résultait de ce texte que la preuve n'incombe spécialement à aucune des parties et que le juge ne peut, pour rejeter une

demande d'heures supplémentaires, se fonder sur l'insuffisance des preuves apportées par le salarié, qu'il doit examiner les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié et que l'employeur doit lui fournir. En effet, cet aménagement de la charge de la preuve repose sur le fait que c'est principalement l'employeur qui détient, ou doit détenir, les éléments permettant de justifier des horaires réalisés par le salarié. Il détermine les horaires de travail, il les contrôle. La chambre a d'ailleurs eu l'occasion de juger que l'employeur doit être en mesure de fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié dans la limite de la prescription quinquennale (Soc., 9 avril 2008, pourvoi n° 07-41.418, *Bull.* 2008, V, n° 82).

– Mais certains juges du fond ont interprété ce texte en estimant qu'il appartenait au salarié d'expliciter sa demande, en indiquant exactement les heures supplémentaires effectuées – une simple indication moyenne des heures prétendument effectuées n'étant pas suffisante – afin de permettre à l'employeur de fournir lui-même les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés. D'abord réticente à accepter cette « chronologie » du régime probatoire (Soc., 10 mai 2001, pourvoi n° 99-42.200, *Bull.* 2001, V, n° 160), la chambre sociale a par la suite légèrement infléchi sa jurisprudence en décidant qu'il appartenait au salarié de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande (Soc., 25 février 2004, pourvoi n° 01-45.441, *Bull.* 2004, V, n° 62). Mais étayer n'étant pas prouver, il n'était pas envisageable, sauf à rendre sans effet l'aménagement de la charge de la preuve en matière d'heures de travail accomplies, que les exigences des juges du fond quant à la valeur probante desdits documents apportés par le salarié soient trop fortes. C'est pourquoi il a semblé pertinent à la chambre sociale de s'en tenir à une exigence de précision de ces documents. Ce qui importe, c'est que les éléments produits par le salarié à l'appui de sa demande soient suffisamment précis pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments (Soc., 24 novembre 2010, pourvoi n° 09-40.928, *Bull.* 2010, V, n° 266) ;

La preuve étant libre en matière prud'homale, le salarié comme l'employeur peuvent produire tous documents, attestations… utiles, le juge en appréciant librement la valeur et la portée (Soc., 27 mars 2001, pourvoi n° 98-44.666, *Bull.* 2001, V, n° 108).

– La loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail ayant introduit dans le code du travail la possibilité pour l'employeur, lorsqu'un accord collectif le prévoit, de conclure avec le salarié une convention de forfait en jours sur l'année (article L. 3121-39 du code du travail), la chambre, en l'absence de texte, a adapté les dispositions de l'article L. 3171-4 du code du travail à l'hypothèse d'un litige portant sur le nombre de jours effectués par le salarié (Soc., 23 septembre 2009, pourvoi n° 08-41.377, *Bull.* 2009, V, n° 200).

– La nécessité de respecter cet aménagement de la charge de la preuve a conduit la chambre sociale à prohiber certaines pratiques qui pourraient avoir pour effet d'éluder son application :

Il a été ainsi décidé que le juge, saisi d'une demande en paiement d'heures supplémentaires, ne peut y substituer une condamnation à des dommages-intérêts (Soc., 23 février 2005, pourvoi n° 02-42.552, *Bull.* 2005, V, n° 69), ni procéder à une évaluation entièrement forfaitaire du nombre d'heures réalisées ;

De même, les dispositions de l'article L. 3171-4 du code du travail excluent la possibilité de réparer une perte de chance de prouver le nombre d'heures supplémentaires effectuées (Soc., 15 octobre 2002, pourvoi n° 00-40.728, *Bull.* 2002, V, n° 315) ;

Enfin, la quantification préalable du temps de travail nécessaire, par exemple pour réaliser une tournée de distribution de prospectus, prévue par une convention collective, ne saurait à elle seule satisfaire aux exigences de l'article L. 3171-4 du code du travail. Le salarié qui soutient que le temps réellement passé à effectuer le travail demandé est supérieur au temps retenu en application de cette quantification préalable doit pouvoir faire valoir ses éléments devant le juge, et ce dernier peut recourir à une expertise s'il l'estime nécessaire avant de statuer sur la demande du salarié (Soc., 16 juin 2010, pourvoi n° 08-42.758, *Bull.* 2010, V, n° 144).

Section 6 – En matière pénale

La question de la charge de la preuve devrait être simplement réglée en matière pénale par le principe général de la présomption d'innocence. Il devrait en résulter que, en toute occasion, l'accusateur doit supporter le fardeau probatoire et l'accusé bénéficier du doute. En pratique, cependant, une application sans exception d'un tel principe rendrait difficile la caractérisation de certaines infractions et le droit pénal admet par exception des renversements ponctuels de la charge de la preuve (§ 1). Parfois, plutôt que de renverser le fardeau probatoire pesant sur l'accusation, la jurisprudence a fait le choix de l'alléger en facilitant l'admission de la preuve de tel ou tel élément caractérisant une infraction (§ 2).

§ 1. Présomption d'innocence et renversement ou aménagement de la charge de la preuve

La technique du renversement de la charge de la preuve répond à une nécessité pratique née, dans certaines hypothèses telles que le caractère fugace de la commission de l'infraction ou la disparition rapide de ses traces, de la difficulté à rapporter la preuve selon la règle commune qui, similaire en droit civil, est, dans la matière pénale, fondée sur le principe de la présomption d'innocence. Cette difficulté a conduit le législateur, et dans une moindre mesure la jurisprudence, à aménager des présomptions qui tendent à tenir pour avérée la constitution de l'élément matériel ou de l'élément moral de l'infraction poursuivie, renversant ainsi la charge de la preuve pour la transférer sur la personne mise en cause, au point que la doctrine a pu évoquer de véritables « présomptions de culpabilité » (Ph. Merle, *Les Présomptions légales en droit pénal*, thèse Nancy, 1968, LGDJ, 1970 ; J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 16e éd., 2011, p. 323), qu'il a fallu corrélativement encadrer.

Le Conseil constitutionnel a admis leur conformité à la Constitution en considérant, après avoir rappelé le principe de la présomption d'innocence qui les interdit, qu'elles « peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas un caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité » (Cons. const., 16 juin 1999, décision n° 99-411 DC, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport

public de voyageurs ; *D.* 1999, p. 589, note Y. Mayaud ; *Rev. dr. pub.* n° 5, 1999, p. 1287, chr. F. Luchaire ; *JCP* 2000, éd. G, I, 201 (§ 22), obs. B. Mathieu et M. Verpeaux).

La Cour européenne des droits de l'homme les a admises, l'article 6 § 2 de la Convention commandant aux États de « les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense » (CEDH, 7 octobre 1988, Salabiaku c. France, requête n° 10519/83 ; voir, dans le même sens, CEDH, 25 septembre 1992, Pham Hoang c. France, requête n° 13191/87). Mais elle recherche concrètement si leur application est compatible avec la présomption d'innocence (voir F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire et M. Levinet, *Les Grands Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Thémis droit, PUF, 5e éd., 2009, p. 378).

Quant à la Cour de cassation, elle en a reconnu la conventionnalité dès lors qu'elles « permettent d'apporter la preuve contraire et laissent entiers les droits de la défense » (Crim., 6 novembre 1991, pourvoi n° 91-82.211, *Bull. crim.* 1991, n° 397 ; voir aussi Crim., 9 avril 1992, pourvoi n° 91-80.672, *Bull. crim.* 1992, n° 155 ; Crim., 1er février 2000, pourvoi n° 99-84.764, *Bull. crim.* 2000, n° 51 ; Crim., 30 janvier 1989, pourvoi n° 86-96.060, *Bull. crim.* 1989, n° 33 ; Crim., 10 février 1992, pourvoi n° 90-83.278, *Bull. crim.* 1992, n° 62 ; et, sur la présomption de responsabilité attachée au chef d'entreprise : Crim., 19 août 1997, pourvoi n° 96-83.944, *Bull. crim.* 1997, n° 285 ; Crim., 3 décembre 1998, pourvoi n° 97-85.615, *Bull. crim.* 1998, n° 332 ; Crim., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-87.590, *Bull. crim.* 2007, n° 138).

La présomption, qu'elle soit législative ou jurisprudentielle, obéit toujours à la même technique qui consiste, à partir d'une situation de fait précisément caractérisée, à en inférer une réalité que l'on est incapable de démontrer immédiatement, l'élément matériel ou l'élément moral de l'infraction, au point que la doctrine a pu évoquer « une véritable *dispense de preuve directe* de l'infraction considérée » (C.-J. Berr, H. Trémeau, *Le Droit douanier communautaire et national*, Economica, 7e éd., 2006, n° 965). C'est cette mécanique probatoire qu'utilisent diverses dispositions législatives dont on va, à défaut de pouvoir prétendre à l'exhaustivité, reprendre quelques exemples relativement à l'élément matériel puis à l'élément moral.

Les présomptions s'attachent le plus souvent à la réalité de l'élément matériel et de son imputation à une personne qui, dès lors considérée comme l'auteur de l'infraction reprochée, doit rapporter la preuve de sa non-implication (Crim., 19 décembre 1988, *JCP* 1989, II, 21368, note J. Pannier).

Ainsi, le code pénal considère comme établi l'élément matériel du proxénétisme et son imputation à telle personne, dès lors qu'il est établi que, vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou étant en relations habituelles avec une telle personne, elle ne peut justifier de ressources correspondant à son train de vie (article 225-6 du code pénal), une telle présomption n'ayant pas été jugée incompatible avec l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (voir R. Koering-Joulin, « Dix ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme devant les juridictions judiciaires françaises », *Rev. sc. crim.* 1984, p. 849).

De même, après avoir présumé auteurs de recel les personnes incapables de justifier de ressources correspondant à leur train de vie alors qu'elles ont autorité sur des

mineurs se livrant habituellement à des crimes ou délits contre les biens (article 321-6 ancien du code pénal ; Crim., 8 février 1989, pourvoi n° 88-83.322, *Bull. crim*. 1989, n° 61 ; *Rev. sc. crim*. 1989, p. 493, obs. A. Vitu), la loi a établi la même présomption à l'encontre d'une personne qui, en relations habituelles avec un ou plusieurs auteurs de trafic de stupéfiants ou encore un ou plusieurs usagers de ces produits, n'est pas en mesure de justifier de ressources correspondant à son train de vie (article 222-39-1 ancien du code pénal) ou qui, en relations habituelles avec un ou plusieurs participants à une association de malfaiteurs, n'est pas en mesure de justifier de ressources correspondant à son train de vie (article 450-2-1 ancien du code pénal). Finalement, abrogeant ces présomptions pour appréhender différemment la réalité matérielle par ce même raisonnement porteur d'efficacité, la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 a créé un délit autonome de non-justification de ressources ou de l'origine d'un bien, susceptible d'être reproché à tout mis en cause se trouvant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui, soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'une peine d'au moins cinq ans d'emprisonnement dont celles-ci retirent un profit direct ou indirect, soit sont victimes de telles infractions (article 321-6 du code pénal).

Le code des douanes a pareillement usé de cette technique probatoire (voir J. Pannier, « La preuve en matière douanière », *D.* 2009, p. 1552 ; J. Pannier, *Recueil de jurisprudence douanière 1990-2010*, Economica, 2010), pour édicter des présomptions de fraude aux cas de détention de « marchandises en fraude » (article 392 du code des douanes (voir Crim., 25 janvier 1982, pourvoi n° 81-91.490, *Bull. crim*. 1982, n° 28 ; Crim., 29 mai 1997, pourvoi n° 95-85.759, *Bull. crim*. 1997, n° 214 ; Crim., 9 octobre 1997, pourvoi n° 96-82.276, *Bull. crim*. 1997, n° 330 ; Crim., 5 octobre 2005, pourvoi n° 05-80.758, *Bull. crim*. 2008, n° 252), d'introduction en contrebande de marchandises prohibées à l'entrée ou fortement taxées et de tentative d'exportation en contrebande de marchandises dont la sortie est prohibée dès lors qu'a été franchi un bureau de douane de passage sans remplir l'obligation légale de visa (article 418 du code des douanes ; Crim., 30 janvier 1989, pourvoi n° 86-96.060, *Bull. crim*. 1989, n° 33) ou d'importation en contrebande de marchandises visées aux articles 2 ter, 215, 215 bis et ter du même code (article 419 du code des douanes ; Crim., 21 novembre 2001, pourvoi n° 00-86.110, *Bull. crim*. 2001, n° 244 ; Crim., 24 septembre 1998, pourvoi n° 97-81.793, *Bull. crim*. 1998, n° 235), étant précisé que l'abrogation de l'article 369-2 du code des douanes par la loi n° 87-502 du 8 juillet 1987 n'a pas eu pour effet d'entraîner celle de l'article 418 précité (Crim., 16 mars 1989, pourvoi n° 88-84.345, *Bull. crim*. 1989, n° 131 ; voir aussi Crim., 3 mai 1993, pourvoi n° 92-80.341, *Bull. crim*. 1993, n° 161). Comme l'ont remarqué des auteurs, la présomption de contrebande résulte « du caractère fugace du franchissement de la frontière » et du risque corrélatif d'impunité « faute d'avoir été surpris à temps ». Les présomptions douanières sont fondées sur certains éléments factuels tels que le lieu de découverte et la nature des marchandises (C.-J. Berr, H. Trémeau, *Le Droit douanier communautaire et national*, *op. cit*., n° 831).

Les difficultés de preuve évoquées étant particulièrement prégnantes dans le domaine de la circulation routière, le code de la route a édicté, à l'encontre de conducteurs de véhicules, des présomptions de deux ordres, de culpabilité et de responsabilité pécuniaire. Par son article L. 121-2, il pose une véritable présomption de culpabilité, selon laquelle le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule est auteur d'une infraction à la réglementation sur le stationnement des véhicules ou sur l'acquittement des péages, « à moins qu'il n'établisse l'existence d'un événement de force majeure ou qu'il

ne fournisse des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction » (Crim., 6 novembre 1991, pourvoi n° 91-82.211, *Bull. crim*. 1991, n° 397), cette présomption ne s'appliquant pas à la personne physique qui représente la personne morale propriétaire du véhicule (Crim., 17 septembre 1996, pourvoi n° 95-85.829, *Bull. crim*. 1996, n° 315 ; voir aussi Crim., 15 septembre 1992, pourvoi n° 91-86.600, *Bull. crim*. 1992, n° 282).

Voulant étendre le mécanisme de la présomption à d'autres infractions d'une gravité plus consistante, par leur nature et leurs sanctions, le législateur l'a, pour prévenir une censure constitutionnelle, limité à la responsabilité pécuniaire du titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule (ou du représentant légal de la personne morale propriétaire : Crim., 26 novembre 2008, pourvoi n° 08-83.003, *Bull. crim*. 2008, n° 240 ; Crim., 13 janvier 2009, pourvoi n° 08-85.931, *Bull. crim*. 2009, n° 10 ; Crim., 30 septembre 2009, pourvoi n° 09-80.178, *Bull. crim*. 2009, n° 163 ; Crim., 13 octobre 2010, pourvoi n° 10-81.575, *Bull. crim*. 2010, n° 159). C'est dire que ce propriétaire n'est redevable que de l'amende encourue pour des contraventions aux réglementations, limitativement énumérées, sur les vitesses maximales autorisées, le respect des distances de sécurité entre les véhicules, l'usage de voies et chaussées réservées à certaines catégories de véhicules et les signalisations imposant l'arrêt des véhicules, à l'exclusion de toute autre (Crim., 28 septembre 2005, pourvoi n° 05-80.347, *Bull. crim*. 2005, n° 242). Présomption logiquement simple, elle peut être anéantie si l'intéressé établit « l'existence d'un vol ou de tout autre événement de force majeure ou qu'il apporte tous éléments permettant d'établir qu'il n'est pas l'auteur véritable de l'infraction » (article L. 121-3 du code de la route) (voir Crim., 10 février 2009, pourvoi n° 08-86.777, *Bull. crim*. 2009, n° 32). Elle n'est donc pas applicable au propriétaire d'un véhicule automobile démontrant qu'au temps des faits, il avait loué ledit véhicule (Crim., 13 octobre 2010, pourvoi n° 10-81.865, *Bull. crim*. 2010, n° 160) ou encore qu'il ne peut être l'auteur des faits poursuivis à raison des mentions du procès-verbal de constat (Crim., 17 février 2004, pourvoi n° 03-83.794, *Bull. crim*. 2004, n° 43 ; voir J.-P. Céré, « Le visage répressif de la loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 sur la violence routière », *D*. 2003, p. 2705) ou d'un témoignage précis (Crim., 1er octobre 2008, pourvoi n° 08-82.725, *Bull. crim*. 2008, n° 200). Au-delà de la mise en œuvre de la responsabilité pécuniaire, la Cour de cassation a rappelé que la déclaration de culpabilité du propriétaire ou du locataire d'un véhicule en cause suppose de rapporter la preuve qu'il le conduisait au moment du constat de la contravention (Crim., 13 janvier 2009, pourvoi n° 08-85.587, *Bull. crim*. 2009, n° 11).

Enfin, confronté à la même difficulté probatoire, le code du travail a posé une présomption simple de travail dissimulé dans des hypothèses factuelles qu'il a énumérées (article L. 8221-4 du code du travail). C'est dire que les enquêteurs n'auront qu'à caractériser l'un de ces éléments pour que le mis en cause doive ensuite, devant la justice, rapporter la preuve contraire de l'absence de travail dissimulé.

Les présomptions peuvent aussi s'attacher à l'existence de l'élément moral, afin de contourner le problème de la preuve d'un élément moral présentant une configuration particulière. Ainsi le droit douanier pose-t-il une présomption d'intérêt à la fraude à l'encontre des personnes énumérées (entrepreneurs, membres d'entreprise, assureurs et, en général, ceux qui ont un intérêt direct à la fraude, ou ceux qui ont accompli des actes dans le cadre d'un plan de fraude ou couvert les agissements des fraudeurs…), sauf si elles ont agi « en état de nécessité ou par suite d'erreur invincible », ou de celles qui

ont acheté ou détenu des marchandises « en quantité supérieure à celle des besoins de leur consommation familiale » (articles 399 et 400 du code des douanes) (voir Crim., 20 mai 1969, *JCP* 1970, II, 16288 ; voir, pour les contraventions, Crim., 11 décembre 2002, pourvoi n° 02-81.345, *Bull. crim*. 2002, n° 225). De même, l'article 35 bis de la loi du 29 juillet 1881 édicte une présomption simple de mauvaise foi pour toute reproduction d'une imputation qui a été jugée diffamatoire (Crim., 16 mars 1993, pourvoi n° 91-81.819, *Bull. crim*. 1993, n° 115 ; Crim., 16 mai 1995, pourvoi n° 93-83.690, *Bull. crim*. 1995, n° 175 ; Crim., 3 juillet 1996, pourvois n° 94-83.195 et 94-82.647 [2 arrêts], *Bull. crim*. 1996, n° 283). En revanche, l'article 227-3 du code pénal ne reprend pas la présomption posée par l'article 357-2 de l'ancien code pénal, ce qui oblige les juridictions de jugement à caractériser l'élément intentionnel de l'abandon de famille (Crim., 28 juin 1995, pourvoi n° 94-84.811, *Bull. crim*. 1995, n° 243).

En conclusion, il faut rappeler que tout autre renversement de la charge de la preuve résulte de l'application, à la matière pénale, de l'adage du droit civil « *Reus in excipiendo fit actor* », qui oblige le prévenu à rapporter la preuve des moyens de défense qu'il soulève.

§ 2. « Allègement » de la charge de la preuve en matière de corruption

L'allègement de la charge de la preuve d'une infraction peut résulter d'une modification des règles de fond. En effet, la preuve est facilitée lorsque le juge étend la catégorie des faits pertinents susceptibles de constituer l'élément légal.

Jusqu'à la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption, l'article 432-11 du code pénal incriminant le délit de corruption passive par une personne exerçant une fonction publique en France définissait ce délit comme « le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques : 1° Soit pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ; 2° Soit pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable ».

Une jurisprudence ancienne et constante déduisait de la lettre même de cette incrimination que, pour que le délit de corruption soit constitué, il convenait d'établir que les manœuvres du corrompu, la sollicitation ou l'agrément, étaient antérieures à l'acte de la fonction ou à l'abstention recherchés.

La chambre criminelle énonçait cette solution en ces termes : « Le délit de corruption de fonctionnaire n'est caractérisé que si la convention passée par le corrupteur et le corrompu a précédé l'acte ou l'abstention qu'elle avait pour objet de rémunérer » (Crim., 14 mai 1986, pourvoi n° 85-93.952, *Bull. crim.* 1986, n° 163).

Contrairement aux droits allemand ou italien, la loi française laissait donc impunies les rémunérations données *a posteriori* à titre de remerciements, dont l'attribution n'était pas conditionnée par l'accomplissement d'un acte de la fonction ou facilitée par la fonction. La perception de telles rémunérations pouvait être poursuivie sous la qualification de recel d'abus de biens sociaux ou de recel d'abus de confiance pour le

corrompu. Elle pouvait être sanctionnée sur le plan disciplinaire, mais ne pouvait être incriminée sous la qualification de corruption.

La difficulté d'établir la preuve de l'antériorité du pacte constituait néanmoins un frein important à la répression.

La chambre criminelle s'est donc efforcée de faciliter cette preuve, notamment dans l'hypothèse où l'avantage perçu par le corrompu ne l'a été que postérieurement à l'accomplissement d'un acte de sa fonction.

En premier lieu, la chambre criminelle a précisé que le principe d'antériorité ne s'appliquait qu'à la sollicitation ou à l'agrément, et non aux modalités de leur exécution, et qu'en conséquence la preuve de l'antériorité était faite lorsque l'avantage consenti au corrompu, bien que postérieur à la réalisation de l'acte délictueux, n'était que la réalisation d'une promesse faite antérieurement. Plus exactement, la chambre criminelle énonçait : « il importe peu que les dons, présents ou avantages aient été acceptés par une personne investie d'un mandat électif public postérieurement à l'accomplissement de l'acte de la fonction, le délit de corruption, consommé dès la conclusion du pacte entre le corrupteur et le corrompu se renouvelant à chaque acte d'exécution dudit pacte » (Crim., 27 octobre 1997, pourvoi n° 96-83.698, *Bull. crim.*1997, n° 352).

En second lieu, la chambre criminelle a jugé que, dans l'hypothèse de relations s'échelonnant dans le temps entre le corrompu et le corrupteur, la preuve du caractère d'antériorité de la sollicitation ou de l'offre par rapport à l'accomplissement ou l'abstention de l'acte de la fonction était pleinement établie par la réitération des avantages reçus (Crim., 29 septembre 1993, pourvoi n° 91-82.674, *Bull. crim*. 1993, n° 163) ou par leur caractère régulier (Crim., 18 juillet 1985, pourvoi n° 84-94.954, *Bull. crim.* 1985, n° 269), de telle sorte « qu'ils ont nécessairement précédé les agissements du corrupteur et déterminé le corrompu ».

La loi précitée du 30 juin 2000 a adjoint les termes « à tout moment » dans tous les articles du code pénal qui incriminent la corruption active ou passive. Cette modification législative avait pour objet, selon le rapport n° 2001, fait au nom de la Commission des lois par le député Jacky Darne, enregistré à l'Assemblée nationale le 8 décembre 1999, « de préciser que les infractions de corruption sont constituées quel que soit le moment où le corrupteur a proposé son offre ou son don ».

Faisant prévaloir l'intention du législateur, une partie de la doctrine a interprété cette réforme comme supprimant la nécessité d'établir la preuve de l'antériorité de l'offre ou de la sollicitation par rapport à l'accomplissement de l'acte de la fonction. En revanche, pour certains auteurs, la lettre du texte, qui postulait toujours que la sollicitation ou l'offre ait été agréée pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de la fonction, postulait la survivance de l'exigence d'antériorité, telle qu'elle était interprétée par la Cour.

Pour mettre fin à ces hésitations, la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et amélioration de la qualité du droit a réécrit les incriminations de corruption en substituant à l'expression « pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction… » l'expression « pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction… ».

Chapitre 2 – Bénéfice du doute

En principe, le doute n'est pas compatible avec la décision de justice. En effet le juge ne peut, pour motiver sa décision, se fonder sur des motifs dubitatifs ou hypothétiques. Il ne lui est pas davantage possible de refuser de trancher le litige au prétexte que la vérité lui paraît inaccessible et incertaine.

Cependant, en certaines hypothèses, les règles de droit permettent au juge de faire profiter l'une des parties du doute. Ce principe ne s'applique pas uniquement en droit pénal où le doute profite à l'accusé. C'est également un principe d'interprétation que l'on trouve, depuis 1804, à l'article 1162 du code civil qui dispose que « dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». Une règle comparable figure dans le code de la consommation qui prévoit que les contrats s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel.

Dans le champ du droit de la preuve, le code du travail prévoit lui aussi que s'agissant de la cause du licenciement, « si un doute subsiste, il profite au salarié » (article L. 1235-1 du code du travail).

À travers ces exemples, on perçoit qu'il existe un bénéfice du doute, d'abord appliqué à celui qui est pénalement accusé (section 1), ensuite reconnu, dans les litiges civils, à certaines parties et, dans les exemples qui suivent, principalement les victimes (section 2).

Section 1 – Doute à l'égard de l'accusé (matière pénale)

Absent du vocabulaire de la législation criminelle, notamment de l'article 470 du code de procédure pénale, le « bénéfice du doute » ne saurait être une expression reprise d'arrêts publiés de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Il n'en est usé, dans de faibles proportions (2,5 pour 100 des décisions de relaxe soumises à la chambre criminelle) que pour retranscrire des décisions de juges du fond, qui qualifient de la sorte un certain type de relaxes ou d'acquittements qui ne procéderaient pas d'une absence d'élément légal ou d'un défaut pur et simple d'implication.

L'expression apparaît en revanche dans la motivation propre des chambres civiles. Ainsi, une décision de la première chambre civile, rendue au visa de l'article 1351 du code civil, énonce que dès lors qu'une personne a été relaxée, fût-ce au bénéfice du doute, du chef du délit de conduite sans permis de conduire, le principe de l'autorité au civil de la chose jugée au pénal interdit au juge civil de décider que cette personne n'était pas titulaire d'un permis de conduire valable (1re Civ., 30 octobre 1985, pourvoi no 84-13.271, *Bull.* 1985, I, no 280 ; à rapprocher de Soc., 6 janvier 1982, pourvoi no 80-14.561, *Bull.* 1982, V, no 1 ; 1re Civ., 24 mars 1981, pourvoi no 79-16.118, *Bull.* 1981, I, no 98 ; 2e Civ., 5 janvier 1978, pourvoi no 76-12.800, *Bull.* 1978, II, no 7).

Il faut en déduire que le bénéfice du doute est la conséquence opérationnelle de l'impossibilité, pour qui en a la charge, d'apporter la preuve de l'élément matériel ou de l'élément moral de l'infraction et d'emporter ainsi la conviction du juge répressif. L'innocence, n'est plus seulement présomption, mais devient vérité judiciaire. Puisque la preuve n'est pas faite de la culpabilité, la preuve est réputée faite de l'innocence.

L'article préliminaire, III, alinéa 1 et l'article 427 du code de procédure pénale apparaissent alors comme le siège de la matière, pour ce qui concerne en tout cas le niveau de la loi interne (article préliminaire, III, alinéa 1 : « Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie » – art. 427 : « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui »). Si, comme il est de principe en matière pénale (pour les exceptions, voir les hypothèses de présomptions décrites dans la présente partie, titre 1, chapitre 1, section 4 ; chapitre 2, section 3), le ministère public a la charge de la preuve et si la conscience du juge – l'intime conviction, qui abolit la hiérarchie des preuves – fait la décision, alors le bénéfice du doute est ce qui conduit à innocenter le prévenu ou l'accusé.

Ainsi rattaché à la présomption d'innocence, sans se confondre conceptuellement avec elle cependant, le bénéfice du doute trouve ses racines dans des textes non répressifs ou même *supra*-légaux.

L'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 a consacré la règle en énonçant que tout prévenu est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable. La présomption d'innocence se fonde aussi sur l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948. L'article 6 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est devenu à son tour, en 1950, le réceptacle du principe sacré (pour une application « historique » concernant l'autorité politique française, voir CEDH, 10 février 1995, Allenet de Ribemont c. France et 7 août 1996, Allenet de Ribemont c. France (interprétation), requête n° 15175/89 : la Cour rappelle avec netteté les pouvoirs publics à leurs devoirs de réserve devant l'action judiciaire en condamnant la France pour violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ; toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie).

En droit interne – mais hors le champ répressif –, l'article 9-1 du code civil décrit la présomption d'innocence pour l'assortir de la possible réparation de ses atteintes : « Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte. » La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse assure la sanction de ces principes concordants en réprimant la diffamation et en introduisant la possibilité pour une personne d'insérer un droit de réponse dans un journal l'ayant présentée comme coupable.

La chambre criminelle veille depuis le XIX^e^ siècle à une saine application du principe du bénéfice du doute. Elle le proclame sans réticence dans des arrêts innombrables. Mais elle se doit aussi d'inviter les juges du fond à ne pas écarter les preuves réunies, au profit d'un doute qui, certes, ne peut manquer d'ébranler dès le premier regard tout magistrat consciencieux, mais ne doit pas l'empêcher de juger (sur l'aspect

théorique et pratique de la question, voir T. Fossier et F. Lévêque, « Le "presque vrai" et le "pas tout à fait faux" : probabilités et décision juridictionnelle », *JCP* éd. G n° 14, 2 avril 2012, 427).

Ce balancement entre présomption d'innocence et irrésolution du juge ne conduit jamais la chambre criminelle à contrôler la réalité ni la force des éléments de preuve, dont on sait (partie 1, titre 2, chapitre 1, section 8) que l'appréciation est laissée à la souveraineté des juges du fond. Mais la Cour de cassation distingue le doute vrai, dont les juges du fond auront pu montrer les raisons et pu assurer qu'il était insurmontable, et l'insuffisance ou l'erreur de raisonnement. On trouve des exemples parfois anciens de cet effort de la Cour de cassation pour servir avec précision la règle fondamentale du bénéfice du doute, et réguler par conséquent le régime de la preuve.

Ainsi, en l'absence de toute constatation des faits de la cause, le seul énoncé d'un doute sur la mauvaise foi du prévenu, dénué de toute justification, ne saurait suffire à motiver une décision de relaxe (Crim., 17 mai 1939, *Bull. crim*. 1939, n° 115, p. 209 ; Crim., 23 septembre 2009, pourvoi n° 09-80.018), pas davantage que la seule affirmation de l'inefficacité théorique d'un procédé frauduleux (Crim., 16 juin 2010, pourvoi n° 09-84.758). De même, si les juges apprécient librement la valeur probante des éléments qui sont soumis à leur appréciation et se décident d'après leur intime conviction, on ne saurait admettre qu'après avoir énuméré des éléments de preuve apparemment décisifs, ils se bornent à affirmer, pour prononcer une relaxe, l'existence d'un doute sans en donner aucune justification (Crim., 22 juin 1960, *Bull. crim*. 1960, n° 339, p. 684 ; Crim., 15 juin 1973, pourvoi n° 72-92.223, *Bull. crim.* 1973, n° 268). Ou encore : il appartient aux juges correctionnels d'ordonner les mesures d'instruction qu'ils estiment utiles à la manifestation de la vérité et qu'ils constatent avoir été omises ; faute d'avoir ordonné lesdites mesures, dont elle admet qu'elles eussent été utiles à la manifestation de la vérité, la cour d'appel n'a pu légalement faire état, pour relaxer le prévenu de l'incertitude qui lui paraissait exister en faveur de celui-ci (Crim., 19 mars 1975, pourvoi n° 74-91.220, *Bull. crim*. 1975, n° 84 ; Crim., 16 octobre 2002, pourvoi n° 02-80.826 – L'exigence de persévérance dans la recherche de la vérité n'est cependant pas sans limites : Crim., 7 décembre 2010, pourvoi n° 09-84.765).

À plus forte raison, le juge du fond qui doute parce qu'il méconnaît la règle se voit sanctionner par la cassation. Le juge correctionnel n'est pas lié par la qualification donnée à la prévention : il ne peut prononcer une décision de relaxe qu'autant qu'il a vérifié que les faits dont il est saisi ne sont constitutifs d'aucune infraction (Crim., 22 janvier 1997, pourvoi n° 95-81.186, *Bull. crim*. 1997, n° 31 ; Crim., 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-84.542). Jugé encore qu'admet une excuse illégale, et méconnaît ses pouvoirs, la cour d'appel qui s'abstient, sous prétexte d'obscurité, de résoudre un point de droit dont elle reconnaît la pertinence et déclare faire profiter l'inculpé, tant de l'incertitude où aurait pu se trouver celui-ci que de la sienne propre (Crim., 21 octobre 1942, *D. A.* 1943, p. 4 ; voir aussi, relaxe d'un chef d'entreprise sans rechercher si la délégation de pouvoirs qu'il invoquait était valable : Crim., 11 mars 1993, pourvoi n° 91-80.958, *Bull. crim*. 1993, n° 112).

Section 2 – Doute à l'égard de la victime (matière civile)

La reconnaissance du bénéfice du doute existe, en dehors des stricts cas légaux, dans certains contentieux, notamment celui des victimes de contaminations transfusionnelles (§ 1) et des accidents de la circulation (§ 2).

§ 1. Doute et présomption de contamination transfusionnelle par le virus de l'hépatite C

L'article 102 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé dispose : « En cas de contestation relative à l'imputabilité d'une contamination par le virus de l'hépatite C antérieure à la date d'entrée en vigueur de la présente loi [7 mars 2002], le demandeur apporte des éléments qui permettent de présumer que cette contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que cette transfusion ou cette injection n'est pas à l'origine de la contamination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Le doute profite au demandeur. »

L'ordonnance n° 2005-1087 du 2 septembre 2005 relative aux établissements publics nationaux à caractère sanitaire et aux contentieux en matière de transfusion sanguine (article 15) a transféré l'ensemble du contentieux aux juridictions administratives, quelle que soit la date du fait générateur, les juridictions judiciaires saisies antérieurement à la date d'entrée en vigueur de cette ordonnance (3 septembre 2005) de demandes pour lesquelles elles étaient compétentes le demeurant après cette entrée en vigueur. Ce texte est donc appliqué par les deux ordres de juridiction.

Après avoir estimé que les juges du fond étaient souverains pour apprécier si les éléments apportés par le demandeur permettaient de présumer l'origine transfusionnelle de la contamination, afin que celui-ci puisse se prévaloir de l'existence d'un doute au sens de l'article 102 précité (1re Civ., 13 décembre 2005, pourvoi n° 03-17.547, *Bull.* 2005, I, n° 500), la Cour de cassation a, un temps, contrôlé, en présence d'une incertitude sur l'origine transfusionnelle de la contamination ou l'innocuité des produits, que les juges du fond en faisaient bénéficier la victime (1re Civ., 14 juin 2007, pourvoi n° 06-12.948, *Bull.* 2007, I, n° 237 ; 1re Civ., 12 juillet 2007, pourvoi n° 06-14.606, *Bull.* 2007, I, n° 272 ; 1re Civ., 17 janvier 2008, pourvoi n° 06-20.346 ; 1re Civ., 5 mars 2009, pourvoi n° 08-14.729, *Bull.* 2009, I, n° 47).

Toutefois, à la suite de trois arrêts du Conseil d'État du 10 octobre 2003 (n° 249416, *AJDA* 2004, p.128), 19 octobre 2007 (n° 288224) et 29 juin 2009 (n° 285383) ayant retenu « qu'il appartient au demandeur, non pas seulement de faire état d'une éventualité selon laquelle sa contamination par le virus de l'hépatite C provient d'une transfusion, mais d'apporter un faisceau d'éléments conférant à cette hypothèse, compte tenu de toutes les données disponibles, un degré suffisamment élevé de vraisemblance ; que si tel est le cas, la charge de la preuve contraire repose sur le défendeur ; que ce n'est qu'au stade où le juge, au vu des éléments produits successivement par les parties, forme sa conviction que le doute profite au demandeur » et que « la question de savoir si les éléments avancés par le demandeur suffisent pour créer une présomption, si la preuve contraire est apportée par le défendeur et s'il existe un doute devant conduire à

accueillir la demande relève de l'appréciation souveraine des juges du fond », la première chambre civile s'est ralliée à cette méthode, moins favorable à la victime, notamment dans l'hypothèse où elle a été confrontée à d'autres causes de contamination (1re Civ., 30 septembre 2010, pourvoi no 09-11.192 ; 1er décembre 2011, pourvoi no 10-25.883 ; 28 juin 2012, pourvoi no 11-17.568).

Une divergence est à nouveau apparue entre les deux ordres de juridiction, depuis que le Conseil d'État, dans trois arrêts du 19 octobre 2011 (no 339670, no 338571, et no 338686 ; voir aussi CE, 4 juillet 2012, no 349939 et no 346483) a infléchi sa jurisprudence en retenant qu'« eu égard à la disposition selon laquelle le doute profite au demandeur, la circonstance que l'intéressé a été exposé par ailleurs à d'autres facteurs de contamination, résultant notamment d'actes médicaux invasifs ou d'un comportement personnel à risque, ne saurait faire obstacle à la présomption légale que dans le cas où il résulte de l'instruction que la probabilité d'une origine transfusionnelle est manifestement moins élevée que celle d'une origine étrangère aux transfusions ».

§ 2. Doute relatif à la catégorie d'appartenance de la victime dans la loi du 5 juillet 1985

La loi no 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation est fondée sur un droit à indemnisation. La détermination du débiteur de l'indemnisation résulte de l'article 2 de la loi : il s'agit du propriétaire ou du gardien du véhicule impliqué dans l'accident de la circulation au sens de l'article 1er. La jurisprudence applique donc la règle traditionnelle selon laquelle le propriétaire d'un véhicule, comme de toute chose, est présumé en être le gardien, sauf pour lui à rapporter la preuve contraire d'un transfert de la garde matérielle.

La règle est protectrice des victimes parce que la Cour de cassation considère que le doute sur la qualité de conducteur ne profite pas au propriétaire : même s'il n'est pas établi qu'il est conducteur, le propriétaire d'un véhicule impliqué dans un accident de la circulation en est présumé gardien et reste tenu, en cette qualité, d'indemniser les victimes (2e Civ., 19 juin 2003, pourvoi no 00-18.991, *Bull.* 2003, II, no 198).

Ni la force majeure, ni le fait d'un tiers ne peuvent être opposés à la victime (article 2 de la loi no 85-677), et les fautes des différents types de victimes prévues aux articles 3 et 4, qui ne sont pas des causes d'exonération puisqu'il n'y a ni responsable, ni causalité, sont des causes légales de limitation du droit à indemnisation (à l'exception de la référence, dans l'article 3, à la faute « cause exclusive de l'accident »). D'où la nécessité de déterminer à quelle catégorie appartient la victime, pour connaître le type de faute susceptible de lui être opposée. Le contentieux de l'indétermination de la qualité de conducteur se règle donc suivant les règles de preuve applicables au doute persistant : le doute profite ici à la victime qui, à défaut pour le juge de disposer de suffisamment d'éléments pour dire qu'elle était conductrice, doit la présumer piéton, qualité qui lui est la plus favorable (2e Civ., 18 février 2010, pourvoi no 09-12.278).

PARTIE 3 – MODES DE PREUVE

Les éléments que le justiciable peut songer à produire – pour prouver la réalité de la qualité juridique dont il se réclame ou la certitude d'un fait dont les conséquences de droit lui importent – sont infiniment divers : des écrits, émanés de lui-même ou d'un agent ou officier public, rédigés pour faire preuve ou constatant fortuitement une donnée décisive pour l'espèce à juger ; des paroles aussi, la sienne ou celle d'un témoin ; des indices, de la matérialité desquels surgissent des éléments de conviction, précis et concordants. Le but des parties, en revanche, est parfaitement homogène : il s'agit, toujours, par l'application d'une prédétermination de la loi, ou en suscitant la conviction du juge, de « faire preuve » du bien-fondé de leurs allégations-prétentions-demandes ou, à tout le moins, de l'inanité de celles de l'adversaire. Lorsqu'un texte ne vient pas fixer lui-même la crédibilité ou la portée de l'élément produit, il résulte de la jurisprudence que le juge en fera une appréciation souveraine : tout dépend du lieu juridique où l'on se trouve. Du point de vue d'une étude d'efficience, la liberté de la preuve (titre 2) est seconde par rapport à sa valeur probante (titre 1).

TITRE 1 – VALEUR PROBANTE DE L'ÉLÉMENT PRODUIT

Cette valeur probante est à examiner dans son principe (chapitre 1) puis à rechercher dans son intensité (chapitre 2).

Chapitre 1 – Principe de la force probante

L'aptitude d'un élément avancé en justice par une partie à établir la véracité d'une allégation n'est pas toujours laissée à la libre appréciation du juge. Il existe en cette matière des règles qui déterminent la valeur qu'il convient d'attribuer aux preuves produites. Ainsi, le droit ne permet pas, dans un domaine qu'il conviendra de déterminer, qu'une partie se crée un titre à elle-même (section 1). Elle organise encore l'encadrement de la contestation des titres afin que soit respectée la valeur de leur contenu (section 2).

Section 1 – L'adage « Nul ne peut se constituer un titre à soi-même »

L'adage selon lequel « nul ne peut se constituer un titre à soi-même », qui paraît relever du bon sens, comporte une interdiction dont il convient de mesurer la portée (§ 1) et de laquelle il convient d'exclure les faits juridiques (§ 2).

§ 1. Stricte portée de la prohibition

« Nul ne peut se constituer *un titre* à soi-même » : sous une dénomination variable selon les arrêts – adage, maxime, principe, règle – utilisée seule ou en lien avec l'article 1315 du code civil, la formule est normative. Sa rédaction, telle que retenue ici, que l'on trouve notamment chez Pothier (références *in* Mouly-Guillemaud, « La sentence "nul ne peut se constituer de preuve à soi-même", ou le droit des preuves à l'épreuve de l'unilatéralisme », *RTD civ*. 2007, p. 253 et s., note 18), invite immédiatement à souligner que, si le titre est une preuve, toute preuve n'est pas un titre, malgré quelques glissements rédactionnels erronés. L'exacte portée jurisprudentielle de l'adage ne peut se comprendre sans cette mise au point.

Le *titre* est ce qui, sur le fond du droit, justifie la prérogative sans ouvrir le pouvoir d'appréciation judiciaire : il s'agit du texte, et, souvent en droit privé, de l'acte juridique, sous son double aspect substantiel et instrumentaire, cette preuve littérale parfaite par laquelle est établi le droit subjectif, le juge se contentant de reconnaître et sanctionner les effets de l'acte, après avoir, s'il y a lieu, opéré des interprétations. Le sens énergique, mais étroit, de l'adage est donc que personne ne saurait, par un acte dont il serait le seul auteur, s'autoproclamer propriétaire, acquéreur, créancier, usufruitier, légataire, preneur à bail… (1re Civ., 21 juin 2005, pourvoi no 02-19.446). Sinon, si la preuve a été fabriquée par celui qui la produit, elle se confond avec l'allégation de celui-ci, confisquant l'appréciation judiciaire là où elle doit s'exercer. En revanche, l'adage est sans application aux faits juridiques, pour lesquels la preuve se propose par tous moyens, le juge pesant alors souverainement la crédibilité et la portée de chacun.

Il en résulte que ni le principe ni le montant d'une dette contractuelle ne peuvent se déduire valablement de factures, relevés de comptabilité, lettres de relance, mises en demeure émanés exclusivement du demandeur en paiement (1re Civ., 28 avril 2011, pourvoi no 09-71.657 ; 1re Civ., 18 octobre 2005, pourvoi no 04-14.248 ; 1re Civ., 30 novembre 2004, pourvoi no 02-10.314 ; 1re Civ., 28 janvier 2003, pourvoi no 00-20.967 ; 1re Civ., 14 janvier 2003, pourvoi no 00-22.894, *Bull*. 2003, I, no 9), ni la libération totale du débiteur, de la lettre et du chèque que ce dernier a adressés à celui qui le poursuit en paiement d'impayés prétendus demeurés (1re Civ., 14 mai 2009, pourvoi no 08-10.457) : c'est là la veine majeure des cassations prononcées. Néanmoins, l'adage intervient dans d'autres cas de figure encore, ainsi, pour censurer le juge qui, saisi de la responsabilité d'une banque suite à des transferts de titres effectués sans autorisation depuis un compte dont le caractère propre ou commun était en discussion, a seulement retenu le certificat du service juridique de l'établissement financier attestant que rien n'établissait le caractère commun du compte (1re Civ., 5 juin 2008, pourvoi no 06-20.434) ; ou le juge qui, pour renvoyer l'usager devant le tribunal administratif en retenant qu'une canalisation ne fait pas partie du réseau d'assainissement affermé à une société, se fonde sur une lettre de l'auteur de cette dernière (1re Civ., 9 décembre 2009, pourvoi no 08-70.051).

§ 2. Inapplicabilité de la prohibition aux faits juridiques

Il se déduit de l'exact champ d'application de l'adage qu'il est sans aucune incidence sur les modalités par lesquelles le plaideur s'efforce de conserver ou susciter la trace de faits dont la démonstration commande le succès de sa prétention : la preuve du fait juridique est libre, quelle que soit donc la personne dont elle émane (1re Civ., 10 mai 2005, pourvoi no 02-12.302)… mais la force de conviction sera souverainement

appréciée par le juge. La jurisprudence illustrative est abondante et chatoyante, à travers maints arrêts topiques des diverses chambres de la Cour.

A. Première chambre civile

On ne peut reprocher à une juridiction d'avoir admis la preuve, par n'importe quelle voie appropriée – et même constituée par celui qui y a intérêt – de la délivrance effective d'une information ou du caractère fidèle de la copie d'un document (1re Civ., 30 mai 2012, pourvoi no 11-16.944) ; d'avoir retenu la réalité de versements, d'encaissements-décaissements, de restitutions à partir de relevés et bordereaux de la personne qui s'en prévaut (1re Civ., 4 mai 2012, pourvoi no 11-15.466 ; 1re Civ., 1er décembre 2011, pourvoi no 10-18.793) ; d'avoir fait usage d'un barème établi par un tiers compétent et produit à l'appui de la demande de chiffrage (ce n'est pas un titre, 1re Civ., 17 février 2004, pourvoi no 01-14.874), ou de compteurs ou listings ou films ou horodateurs pour établir l'ampleur d'une consommation, la réception d'un message, la matérialité et l'étendue d'un dommage, l'instant précis d'un passage, le juge appréciant l'indépendance du fonctionnement technique des appareils par rapport à la personne qui se prévaut des résultats qu'ils livrent (1re Civ., 7 mars 2000, pourvoi no 98-12.397, *Bull.* 2000, I, no 81 ; 1re Civ., 28 janvier 2003, pourvoi no 00-17.553, *Bull.* 2003, I, no 26 ; 1re Civ., 13 juillet 2004, pourvoi no 01-11.729, *Bull.* 2004, I, no 207). Et le principe est donc violé par refus d'application si le juge, à son seul motif, écarte des attestations de nature à établir un acquiescement implicite à un divorce (1re Civ., 16 juin 2011, pourvoi no 10-30.689, *Bull.* 2011, I, no 112).

B. Deuxième chambre civile

Devant la deuxième chambre civile, la question s'est posée de savoir si un organisme de sécurité sociale peut produire utilement, à l'appui de sa demande de remboursement de prestations indûment perçues, des pièces ainsi qu'un récapitulatif visés et signés, notamment, par son agent comptable. C'est par l'affirmative que, forte des dispositions qui régissent les compétences et attributions ainsi que la responsabilité de l'agent comptable au sein des organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole, répond la Cour de cassation : il résulte en effet des articles R. 122-4 et D. 253-11 du code de la sécurité sociale que l'agent comptable d'un organisme de sécurité sociale est chargé, sous sa propre responsabilité et sous le contrôle du conseil d'administration, de l'ensemble des opérations financières et comptables de l'organisme et qu'il est notamment responsable de la tenue de la comptabilité, de l'encaissement des recettes, du paiement des dépenses, de la conservation des pièces justificatives des opérations et des documents comptables et de la sincérité des écritures (2e Civ., 4 décembre 2008, pourvoi no 07-18.501, *Bull.* 2008, II, no 257).

C. Troisième chambre civile

Devant la troisième chambre civile et en matière de bail rural, cette règle est d'autant plus sollicitée que, comme il sera expliqué plus loin (partie 3, titre 2, chapitre 6, section 1) la preuve de cette convention est libre de par la loi, laquelle reconnaît la validité des baux verbaux.

Par un arrêt du 31 mai 2011 (pourvoi n° 10-10.334), la troisième chambre civile a, écartant l'application de cette règle invoquée par le propriétaire des biens exploités, admis que la mention de versements au profit de celui-ci dans les documents comptables de l'exploitant pouvait faire la preuve, corroborée par d'autres éléments, permettant d'établir le caractère onéreux de la mise à disposition et, partant, la soumission de la convention au statut des baux ruraux.

– Inversement, à propos d'un bail d'habitation dont l'existence n'était pas contestée, la troisième chambre a fait application de cette règle pour écarter toute valeur probatoire à un décompte établi par un locataire et invoqué par lui contre son bailleur pour démontrer qu'il avait versé à celui-ci des sommes indues (3e Civ., 11 juillet 2007, pourvoi n° 06-15.885).

Vite rapprochées, ces deux décisions pourraient paraître d'autant plus contradictoires que le bail est un acte juridique, tandis que le paiement est un fait juridique.

Les situations étaient pourtant différentes.

Dans l'arrêt de 2011, il s'agissait seulement, pour l'aspirant locataire, de démontrer l'existence de versements, peu important leur montant.

Dans l'arrêt de 2007, les écritures invoquées par le locataire étaient rédigées en dehors de toute comptabilité et tendaient à prouver le montant précis de sommes prétendument versées au bailleur.

D. Chambre commerciale

La chambre commerciale a ainsi admis, dans un litige entre sociétés commerciales, qu'une cour d'appel puisse retenir pour établir un fait, parmi d'autres éléments, les attestations produites par l'une des sociétés, émanant de l'un de ses responsables (Com., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-14.959). Il s'agissait ici, notamment, d'attestations relatant les éléments justifiant l'abandon d'un projet d'achat de plusieurs fonds de commerce, dans le cadre d'une action indemnitaire au titre d'une rupture de pourparlers considérée comme fautive par l'autre société.

Cette même chambre a également censuré une cour d'appel pour avoir écarté des attestations en raison du lien de parenté existant entre leurs auteurs et la partie qui s'en prévalait, sans examiner si le contenu de ces attestations était de nature à emporter la conviction du juge (Com., 25 septembre 2012, pourvoi n° 11-24.232). Il s'agissait ici du témoignage de l'épouse et des enfants du cessionnaire d'un fonds de commerce produit dans un litige l'opposant au cédant et tendant à obtenir la résolution de la vente pour inexécution de l'obligation de délivrance du fonds artisanal cédé.

On observe ainsi qu'il ne s'agit donc pas tant, en matière commerciale, de savoir de qui émane la pièce produite au soutien d'une prétention (sauf lorsque la loi prévoit une irrecevabilité particulière, comme le fait l'article 205 du code de procédure civile, excluant les attestations établies par les descendants dans le cadre des procédures en divorce ou séparation de corps), mais de déterminer si la pièce dont il s'agit présente des garanties suffisantes pour emporter la conviction du juge, à l'instar de ce que prévoyait l'ancien article 109 du code de commerce qui admettait la preuve testimoniale « dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre ».

On peut ainsi relever qu'un autre arrêt de la chambre commerciale, relatif à la preuve d'une poursuite de pourparlers, a validé, en se référant à l'appréciation souveraine des éléments de preuve, un arrêt de cour d'appel ayant retenu qu'une société ne rapportait pas la preuve que les négociations destinées à conclure un nouveau contrat s'étaient poursuivies après le courrier de résiliation, aux motifs que « ses [propres] courriers ne pouva [ient] en tenir lieu, nul ne pouvant se constituer de preuve à soi-même, et les attestations de certains de ses salariés comme le courrier électronique d'un transporteur étant insuffisants » (Com., 31 janvier 2006, pourvoi n° 04-20.683).

Selon la même logique d'efficacité et de rapidité, propre aux échanges commerciaux, l'article L. 123-23 du code de commerce introduit un mode de preuve original en admettant que la comptabilité régulièrement tenue puisse être admise en justice pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce. Il en résulte qu'un commerçant peut ainsi justifier ses prétentions par un élément de preuve qu'il peut avoir lui-même établi. Toutefois la loi prévoit certaines garanties en précisant que la comptabilité irrégulièrement tenue ne peut être invoquée par son auteur à son profit.

Dans le cadre de l'application de ce texte, la chambre commerciale a censuré une cour d'appel qui avait retenu qu'une société ne prouvait ni le montant ni le principe de sa créance, « ne produisant que des documents unilatéraux, réclamation, tableau récapitulatif, "extraits de compte", qui n'ont aucune valeur probatoire, cette société n'étant pas un établissement de crédit », sans expliquer en quoi ces extraits de compte ne pouvaient être admis comme moyen de preuve entre deux sociétés commerciales (Com., 6 septembre 2011, pourvoi n° 10-21.909, et, déjà en ce sens, Com., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-15.128)

À l'inverse, et à l'instar des autres éléments de preuve, il peut être rappelé qu'il est toujours loisible aux juges du fond d'écarter une demande en paiement de créance fondée sur des éléments comptables incomplets, tels des extraits comptables comprenant un report de solde injustifié (voir, en ce sens, Com., 11 septembre 2012, pourvoi n° 11-23.079).

Section 2 – Contestation de titre

Elle porte, classiquement, sur l'acte sous seing privé (§ 1) et sur l'acte authentique (§ 2).

§ 1. Contestation de l'acte sous seing privé

A. Déni d'écriture et de signature

Des contestations peuvent naître, au cours d'un procès, sur la force probante d'un document produit par une partie.

Le code de procédure civile organise plusieurs procédures pour le règlement de tels incidents : la vérification d'écriture (articles 285 à 298), le faux (articles 299 à 302), ces procédures pouvant être engagées incidemment ou à titre principal.

La Cour de cassation rappelle régulièrement qu'en présence d'une contestation d'écriture, les juges du fond sont dans l'obligation de procéder à sa vérification, soit eux-mêmes, soit en faisant appel à un expert (1re Civ., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-16.883 ; 1re Civ.,

20 février 2007, pourvoi n° 06-14.278, *Bull.* 2007, I, n° 76 ; 1re Civ., 28 mars 2008, pourvoi n° 06-18.226, *Bull.* 2008, I, n° 93 ; 1re Civ., 12 janvier 2012, pourvoi n° 10-23.268). L'efficacité probatoire de l'acte contesté est donc suspendue jusqu'à ce que la contestation soit tranchée.

À l'issue de ces vérifications, la validité de l'écrit est soit affirmée, soit exclue. Le juge en tire alors les conséquences qui en découlent quant au bien-fondé de la demande.

Le juge n'est toutefois pas tenu de procéder à cette vérification s'il peut statuer sans tenir compte de l'écrit contesté (1re Civ., 29 février 2012, pourvoi n° 10-27.332, *Bull.* 2012, I, n° 45 ; 1re Civ., 12 juin 2012, pourvoi n° 11-18.438, *Bull.* 2012, I, n° 134).

B. Acte sous seing privé et constat d'huissier

Plus que les autres baux spéciaux, les baux d'habitation donnent naissance à des litiges, souvent âpres, portant sur la réparation des dégradations du bien loué par le locataire.

Les bailleurs, parfois désagréablement surpris de l'état dans lequel se trouve le bien après plusieurs années de jouissance locative, ont assez souvent tendance à chercher à imputer systématiquement cette dégradation à leur locataire, sans faire la part de la vétusté (dont le locataire ne doit pas répondre, ainsi qu'il ressort de l'article 1730 du code civil applicable aux baux d'habitation ; pour une illustration : 3e Civ., 9 novembre 1977, pourvoi n° 76-12.068, *Bull.* 1977, III, n° 380) et du fait fautif du locataire (qui l'expose à devoir indemniser le bailleur par application de l'article 1732 du code civil également applicable).

La preuve d'éventuelles dégradations locatives, qui, fait juridique, peut être administrée par tous moyens, suppose une comparaison entre les états successifs de l'immeuble au moment de l'entrée en jouissance du locataire et à sa sortie.

Pour éviter des discussions sans fin (et parfois sans issue) sur l'état du bien à la date de conclusion du bail (l'état du bien loué à la sortie du locataire ne fait que très rarement l'objet d'un débat, car dans l'ambiance conflictuelle, les parties ont très vite ce réflexe de faire dresser un constat d'huissier), il est hautement recommandé aux parties de se constituer, au moment de l'entrée en jouissance, une preuve de cet état, à défaut de quoi s'appliquera la présomption de bon état, défavorable au locataire, prévue par l'article 1731 du code civil.

Le plus souvent, cette preuve préconstituée consiste en un état des lieux sous seing privé établi contradictoirement entre les parties comme prescrit par l'article 3 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière, texte dont il résulte que le bailleur qui aurait fait obstacle à l'établissement du constat ne pourrait invoquer à son profit la présomption de l'article 1731.

Les énonciations de cet état des lieux dit « d'entrée » peuvent-elles être combattues par l'une ou l'autre des parties en cas de contestation à la sortie du locataire ? Une réponse certainement positive résulte de l'article 1er, alinéa 2, de l'ordonnance n° 45-2592 relative au statut des huissiers de justice réformée par la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires.

La troisième chambre civile a, par arrêt du 23 mai 2002 (pourvoi n° 00-13144, *Bull.* 2002, III, n° 110 : « Mais attendu qu'un état des lieux dressé contradictoirement constate une situation de fait jusqu'à preuve contraire »), posé le principe de l'admission de la preuve contraire.

§ 2. Contestation de l'acte authentique

Les actes notariés ont une double spécificité. D'une part, ils ont une force probante supérieure aux actes sous seing privé, d'autre part, ils constituent par eux-mêmes, lorsqu'ils sont revêtus de la formule exécutoire, des titres exécutoires.

Selon l'article 1319 du code civil, l'acte authentique, dont l'acte notarié est une forme, fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause. Selon la jurisprudence, seuls les faits que l'officier public a énoncés dans l'acte comme ayant été accomplis par lui ou comme s'étant passés en sa présence dans l'exercice de ses fonctions sont revêtus de cette force probante, qui ne peut être combattue que par la procédure d'inscription de faux. En revanche, les énonciations des parties, recueillies par le notaire et ne portant pas sur des faits que celui-ci aurait personnellement constatés, valent jusqu'à preuve contraire (1re Civ., 13 mai 1986, pourvoi n° 84-17.246, *Bull.* 1986, I, n° 122 ; 1re Civ., 2 novembre 2005, pourvoi n° 03-19.622, *Bull.* 2005, I, n° 399).

Par ailleurs, selon l'article 3 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, devenu article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution, les actes notariés revêtus de la formule exécutoire constituent des titres exécutoires permettant le recours à l'exécution forcée contre les débiteurs des obligations qu'ils constatent, sans décision judiciaire préalable. L'article 19 de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat, encore en vigueur, dispose que « tous actes notariés feront foi en justice, et seront exécutoires dans toute l'étendue de la République » sous réserve du faux. La possibilité pour les notaires de délivrer des actes immédiatement exécutoires a été considérée, par la Cour de cassation, comme ne soulevant pas de question sérieuse de constitutionnalité (2e Civ., 12 mai 2011, QPC n° 11-40.006).

L'acte authentique est défini à l'article 1317 du code civil comme « celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises ».

En ce qui concerne les actes dressés par les notaires, les solennités requises sont énoncées par le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, tel que modifié par le décret n° 2005-973 du 10 août 2005. Ce texte décrit les mentions obligatoires des actes notariés et, plus généralement, les modalités d'établissement de ceux-ci. Ainsi, l'article 10 dispose que les actes sont signés par les parties, les témoins et le notaire. Le décret comporte également un titre consacré aux annexes de l'acte notarié et c'est ce point qui fait souvent difficulté devant la Cour de cassation, le statut juridique des annexes étant sujet à discussion.

L'article 21 du décret, modifié, prévoit que l'acte porte mention des documents qui lui sont annexés. Il ajoute que « les procurations sont annexées à l'acte à moins qu'elles ne soient déposées aux minutes du notaire rédacteur de l'acte » et que « dans ce cas, il est fait mention dans l'acte du dépôt de la procuration au rang des minutes ». Par ailleurs, l'article suivant précise que « lorsque l'acte est établi sur support papier, les

pièces annexées à l'acte sont revêtues de la mention constatant cette annexe et signée du notaire ». Il est jugé qu'une pièce ne constitue une annexe à un acte notarié que si elle est revêtue d'une mention constatant cette annexe et signée du notaire (1re Civ., 7 octobre 1997, pourvoi no 95-11.314, *Bull.* 1997, I, no 267).

De nombreux pourvois examinés en 2012 ont posé à la Cour de cassation la question de la sanction de l'absence d'annexion de la procuration à l'acte notarié et ont mis en évidence une difficulté d'articulation de textes.

L'article 41 du décret de 1971 précité sanctionne l'inobservation de certaines obligations mentionnées par le décret, en prévoyant que l'acte fait en contravention de certains articles sera nul s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties et que lorsqu'il sera revêtu de ces signatures, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée. Cet article ne vise pas celui relatif à l'obligation d'annexion des procurations, de sorte qu'il pourrait en être déduit que cette obligation n'est pas sanctionnée.

Néanmoins, l'article 1318 du code civil dispose que l'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties. C'est sur cette disposition législative que se sont appuyées certaines cours d'appel pour « déclasser » en actes sous seing privé les actes notariés ne comportant pas les procurations en annexe.

L'articulation de ces deux textes n'est pas aisée. La deuxième chambre civile avait déjà eu l'occasion de juger que l'obligation de faire figurer les procurations en annexe de l'acte authentique, à moins qu'elles ne soient déposées au rang des minutes du notaire rédacteur, n'était pas sanctionnée par la nullité de l'acte (2e Civ., 11 décembre 2008, pourvoi no 07-19.606). Elle avait, par ailleurs, considéré que l'irrégularité de forme d'une annexe, qui ne comporte pas la mention de son annexion à l'acte notarié, ne privait pas l'acte authentique de son caractère exécutoire (2e Civ., 10 février 2011, pourvoi no 10-13.714).

Statuant sur les premiers pourvois soulevant l'application de l'article 1318 du code civil et de l'article 41 du décret de 1971 précité, la Cour de cassation a rendu des décisions qui ont pu paraître contradictoires, la deuxième chambre ayant jugé « qu'il résulte de l'article 1318 du code civil que l'acte notarié, qui ne satisfait pas aux prescriptions de l'article 8, devenu 21, du décret no 71-941 du 26 novembre 1971, relatif aux actes établis par les notaires, perd son caractère authentique » (2e Civ., 7 juin 2012 [5 arrêts], pourvoi no 11-15.439 ; pourvoi no 11-16.107 ; pourvoi no 11-19.022 ; pourvoi no 11-15.440 ; pourvoi no 11-15.112, *Bull.* 2012, II, no 102) alors que la première chambre avait jugé que « l'obligation, pour le notaire, de faire figurer les procurations en annexe de l'acte authentique ou de les déposer au rang des minutes n'est pas sanctionnée par la nullité de l'acte en tant que titre exécutoire » (1re Civ., 22 mars 2012, pourvoi no 11-11.925, *Bull.* 2012, I, no 66). La Cour de cassation a donc décidé de renvoyer des pourvois formulant des moyens similaires en chambre mixte, laquelle, visant les articles 8 et 23 du décret no 71-941 du 26 novembre 1971, dans leur rédaction applicable à la cause, ensemble l'article 1318 du code civil, a décidé que l'inobservation de l'obligation, pour le notaire, de faire figurer les procurations en annexe de l'acte authentique ou de les déposer au rang de ses minutes « ne fait pas perdre à l'acte son caractère authentique, partant son caractère exécutoire » (Ch. mixte, 21 décembre 2012, pourvoi no 12-15.063, en cours de publication ; voir aussi Ch. mixte, 21 décembre 2012, pourvoi no 11-28.688, en cours de publication).

Chapitre 2 – Intensité de la force probante

Une force probante particulière est reconnue d'une part aux actes de bornage (section 1) et d'autre part aux procès-verbaux (section 2).

Section 1 – Acte de bornage

La distinction entre l'action en bornage et l'action pétitoire est peut-être encore plus mal comprise des justiciables que celle existant entre l'action pétitoire et l'action possessoire, tant il est fréquent que celui qui intente la première a dans l'idée de voir reconnaître des limites séparatives conformes à son droit de propriété.

Il est vrai que la délimitation des champs respectifs de ces deux actions n'est pas exempte de subtilité : l'action en bornage tend à voir fixer les limites divisoires de fonds sans égard à l'identité de leur propriétaire ; l'action pétitoire, à déterminer l'identité du propriétaire d'un fonds, dont les limites exactes importent, à ce stade, finalement assez peu.

Et les auteurs d'une action en revendication d'un fonds qui ignorent cette distinction peuvent être d'autant plus tentés d'invoquer des éléments tirés d'une précédente procédure en bornage, amiable ou judiciaire, qu'ils savent que la preuve du droit de propriété est libre (sur cette liberté, voir partie 3, titre 2, chapitre 5, section 1, § 1).

La troisième chambre civile veille pourtant à tirer les conséquences de cette distinction.

Par un arrêt du 10 novembre 2009 (pourvoi n° 08-20951, *Bull.* 2009, III, n° 247 : « Attendu que pour débouter M. Raymond X… de sa demande en revendication de la propriété de la portion du terrain cadastré AT 528 sur laquelle il a construit un mur et le condamner à sa démolition sous astreinte, l'arrêt retient que la seconde convention de bornage, signée le 20 novembre 2001 par toutes les parties au litige, y compris de M. Raymond X…, s'impose et fait la loi des parties en ce qui concerne les limites de propriétés respectives ; Qu'en se fondant exclusivement sur un procès-verbal de bornage, lequel ne constitue pas un acte translatif de propriété, la cour d'appel a violé les textes susvisés »), elle a, en effet, cassé la décision par laquelle une cour d'appel avait rejeté une action en revendication en tant qu'elle se heurtait aux énonciations contraires d'un procès-verbal de bornage amiable établi précédemment.

Il en ressort, ce qui n'est, après tout, guère surprenant, que les actes relatifs au bornage, amiable ou judiciaire, n'ont de force probante qu'à l'égard des limites des propriétés concernées et qu'ils ne peuvent donner titre (ni faire obstacle) à une action en revendication.

Section 2 – Procès-verbaux en matière pénale, douanière et fiscale

En principe, un procès-verbal rédigé par un membre de la police judiciaire ou par un fonctionnaire chargé de constater une infraction ne vaut qu'à titre de « simple renseignement ».

La loi attribue néanmoins une force probante particulière à certains procès-verbaux.

En premier lieu, la loi peut prévoir que le procès-verbal vaudra jusqu'à preuve contraire et la loi réglemente alors les conditions dans lesquelles cette preuve contraire pourra être rapportée, soit, le plus souvent, par l'écrit et le témoignage.

En second lieu, la loi peut préciser que le procès-verbal vaudra jusqu'à inscription de faux. Le contenu du procès-verbal ne pourra être contesté que par la mise en œuvre de la procédure d'inscription de faux.

Le fait d'attribuer une force probante renforcée à certains procès-verbaux induit nécessairement une limitation du contradictoire, la discussion des éléments de preuve étant encadrée par la loi. Cette limitation s'explique par le crédit particulier accordé par la loi aux membres de la police judiciaire ou à certains fonctionnaires, crédit encadré au plan pénal par l'article 441-4 du code pénal, qui sanctionne de peines criminelles l'altération frauduleuse de la vérité dans des écrits par ces agents. Elle s'explique aussi par le souci du législateur d'éviter des discussions infinies lorsque les dénégations du prévenu se heurtent aux constatations desdits agents.

§ 1. Procès-verbaux valant jusqu'à preuve contraire

Selon l'article 537 du code de procédure pénale, les procès-verbaux de constat établis en matière contraventionnelle valent jusqu'à preuve contraire. L'article 431 dudit code prévoit qu'en matière délictuelle, les procès-verbaux ne bénéficient de cette force probante renforcée que dans les cas où leurs auteurs « ont reçu d'une disposition spéciale de la loi le pouvoir de constater des délits par des procès-verbaux ou des rapports ».

L'article L. 238 du livre des procédures fiscales attribue également une force probante jusqu'à preuve contraire aux constatations des agents de l'administration des impôts et organise la procédure permettant au justiciable de rapporter la preuve contraire : « La personne qui fait l'objet des poursuites peut demander à apporter la preuve contraire des faits constatés dans le procès-verbal. Lorsque le tribunal accepte la demande, il reporte l'examen de l'affaire en la renvoyant à au moins quinze jours. Lorsque la personne concernée veut faire entendre des témoins, elle en dépose la liste au secrétariat-greffe avec leurs nom, prénoms, profession et domicile dans le délai de trois jours francs à compter de l'audience au cours de laquelle le renvoi a été prononcé ».

Le prévenu a le droit de combattre ces procès-verbaux par tous les moyens légaux de preuve, mais leur force probante ne peut être infirmée sur ses seules dénégations ou allégations. S'il résulte des constats de l'agent verbalisateur que l'infraction est constituée et que la preuve contraire au procès-verbal n'est pas rapportée par l'un des moyens admis par la loi, le juge ne peut relaxer le prévenu au bénéfice du doute au motif que l'infraction ne serait pas suffisamment établie (Crim., 25 avril 1977, pourvoi n° 77-90.125, *Bull. crim.* 1977, n° 134, à propos d'une contravention). Pour exemple, la chambre criminelle juge que lorsqu'un procès-verbal constate, lors d'un inventaire dans les chais d'un négociant en vins, des manquants et des excédents par rapport à la déclaration de stock souscrite à la recette locale des impôts, les juges ne peuvent, en l'absence de toute preuve rapportée contre ces constatations matérielles, relaxer le prévenu du chef de fraude en matière de déclaration de stock de vin, au seul motif d'une imprécision ou d'un manque de rigueur dans les opérations de contrôle, alors qu'aucun procédé n'est imposé aux agents verbalisateurs pour évaluer les quantités de vin se trouvant en stock (Crim., 14 octobre 1991, pourvoi n° 90-84.932, *Bull. crim.* 1991,

n° 339 ; voir, pour d'autres exemples, Crim., 8 octobre 2008, pourvoi n° 08-81.099, *Bull. crim.* 2008, n° 205 ; Crim., 24 février 2010, pourvoi n° 09-82.810, *Bull. crim.* 2010, n° 39). Enfin, la chambre criminelle a précisé qu'une attestation écrite ne constituait pas une preuve par écrit ou par témoin au sens de l'article 537 du code de procédure pénale (Crim., 7 février 2001, pourvoi n° 00-84.520, *Bull. crim.* 2001, n° 39 ; Crim., 25 avril 2001, pourvoi n° 00-87.946, *Bull. crim.* 2001, n° 100).

Une jurisprudence constante et stricte précise le champ de la force probante des procès-verbaux concernés.

En premier lieu, cette force probante renforcée ne s'attache qu'aux constatations effectuées par les agents et non aux appréciations personnelles, reconstitutions et déductions auxquelles elles donnent lieu, qui ne valent qu'à titre de renseignements laissés à l'appréciation des juges du fond (voir les arrêts précités).

En deuxième lieu, seuls les constats effectués personnellement par l'auteur du procès-verbal bénéficient de la valeur probatoire renforcée. Cela ne signifie pas que les constats d'un autre agent soient dépourvus de toute force probante. Ils valent alors à titre de simples renseignements et peuvent suffire à fonder la conviction des juges. Ainsi la chambre criminelle a-t-elle approuvé une cour d'appel ayant déclaré un prévenu coupable d'inobservation de la signalisation imposant l'arrêt absolu, en se fondant sur un procès-verbal établi par des agents ayant rapporté ce qu'ils avaient entendu de leur collègue, agissant dans l'exercice de ses fonctions, et qui leur rendait compte, par liaison radio, de ses propres constatations (Crim., 5 novembre 1996, pourvoi n° 96-80.151, *Bull. crim.* 1996, n° 392 ; voir également, en matière de contributions indirectes, Crim., 28 octobre 1991, pourvoi n° 90-84.213, *Bull. crim.* 1991, n° 379). De même, les informations fournies par un appareil automatique ne valent qu'à titre de simples renseignements, à moins que la loi n'en dispose autrement, comme en matière de radars automatiques (article L. 130-9, alinéa 1, du code de la route). La chambre juge cependant que « participent personnellement à la constatation d'une contravention d'excès de vitesse et doivent être considérés comme les rédacteurs communs du procès-verbal, même si un seul d'entre eux en est le signataire, aussi bien l'agent qui met en œuvre le cinémomètre que celui qui, placé à une certaine distance, reçoit et consigne les indications [du premier] » (Crim., 2 mai 2002, pourvoi n° 01-86.963, *Bull. crim.* 2002, n° 97 ; voir aussi Crim., 8 juin 2006, pourvoi n° 06-81.293, *Bull. crim.* 2006, n° 168).

Enfin, la force probante renforcée ne vaut que pour les constatations se rapportant aux infractions que l'auteur du procès-verbal est spécialement habilité à constater, sur l'étendue de la circonscription à laquelle il est affecté (Crim., 4 novembre 1992, pourvoi n° 91-83.265, *Bull. crim.* 1992, n° 354).

§ 2. Procès-verbaux valant jusqu'à inscription de faux

L'article 336 du code des douanes attribue une valeur probatoire différente, d'une part aux constatations matérielles des agents des douanes relatées dans les procès-verbaux, d'autre part aux déclarations et aveux y figurant.

Selon l'article 336, 1°, du code des douanes, lorsqu'ils sont rédigés par deux agents des douanes ou de toute autre administration, les procès-verbaux de douane font foi, jusqu'à inscription de faux, des constatations matérielles qu'ils relatent. Les constatations matérielles sont celles qui sont faites directement par les rédacteurs du procès-verbal.

Tel est le cas d'un procès-verbal qui décrit les déchets se trouvant dans un camion contrôlé par les agents des douanes (Crim., 21 novembre 2001, pourvoi n° 00-86.110, *Bull. crim*. 2001, n° 244).

Aux termes du 2° de l'article précité, lesdits procès-verbaux ne font foi que jusqu'à preuve contraire de « l'exactitude et de la sincérité des aveux et déclarations qu'ils rapportent ». La chambre criminelle interprète strictement la notion de déclarations et juge que, par « déclarations », il faut entendre les propos tenus par le contrevenant sur ses propres agissements, et non les accusations portées à l'encontre des tiers (Crim., 22 décembre 1964, pourvoi n° 64-90.849, *Bull. crim*. 1964, n° 345).

Selon l'article 339 du code des douanes, celui qui veut s'inscrire en faux contre un procès-verbal est tenu d'en faire la déclaration par écrit, en personne ou par un fondé de pouvoir spécial devant notaire, au plus tard à l'audience indiquée par la sommation de comparaître devant le tribunal qui doit connaître de l'infraction. Il doit dans les trois jours suivants faire au greffe dudit tribunal le dépôt des moyens de faux et des noms et qualités des témoins qu'il veut faire entendre, le tout sous peine de déchéance de l'inscription de faux. La chambre criminelle contrôle le strict respect de ces conditions. Elle a ainsi approuvé une cour d'appel ayant déclaré irrecevable une inscription de faux formée, non à la date indiquée par la sommation à comparaître, mais, ultérieurement, à l'audience à laquelle l'affaire a été renvoyée par suite de la non-comparution du prévenu (Crim., 7 mars 1996, pourvoi n° 94-84.553, *Bull. crim.* 1996, n° 108). Est également jugée irrecevable l'inscription de faux faite, non devant les premiers juges, avant toute défense au fond, mais pour la première fois en cause d'appel (Crim., 6 mars 1989, pourvoi n° 88-83.000, *Bull. crim.* 1989, n° 102).

Si l'inscription de faux est régulièrement faite contre un procès-verbal constatant la fraude et que les moyens de faux, s'ils étaient prouvés, auraient pour effet de faire disparaître la fraude à l'égard de l'inscrivant, le procureur de la République fait les diligences nécessaires pour qu'il soit statué sans délai sur cette inscription (article 340 du code des douanes). Le tribunal saisi de l'infraction peut surseoir à statuer au jugement de l'infraction jusqu'au jugement de l'inscription de faux.

TITRE 2 – LIBERTÉ QUANT À L'ÉLÉMENT PRODUIT

Nombreux sont les arrêts et les thèmes par lesquels s'illustre la liberté faite au plaideur de prouver par tous moyens.

Chapitre 1 – En droit civil des obligations

En droit civil, la liberté de preuve peut être précisée quant à la preuve de la cause de l'obligation (section 1) et à celle du paiement libératoire (section 2).

Section 1 – Preuve de la cause de l'obligation

En vertu de l'article 1131 du code civil, « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

L'article 1132 du code civil, en ce qu'il dispose que la convention est valable quoique la cause n'en soit pas exprimée, met la preuve du défaut ou de l'illicéité de la cause à la charge de celui qui l'invoque (1re Civ., 19 juin 2008, pourvoi no 06-19.056, *Bull.* 2008, I, no 175 ; 1re Civ., 8 octobre 2009, pourvoi no 08-14.625, *Bull.* 2009, I, no 203 ; 1re Civ., 14 janvier 2010, pourvoi no 08-18.581, *Bull.* 2010, I, no 7).

La Cour de cassation a eu récemment matière à préciser les modes de preuve que peut invoquer le débiteur qui conteste le bien-fondé d'une demande en paiement reposant sur l'existence d'une reconnaissance de dette.

La jurisprudence distingue selon que la cause du contrat – la remise des fonds lorsque l'engagement résulte d'un contrat de prêt – est ou non exprimée dans l'acte :
– si l'acte ne contient aucune indication quant à la cause de l'engagement qu'il contient, la preuve de l'absence de cause pourra se faire par tous moyens dès lors qu'il ne s'agit pas de prouver contre un écrit mais de combattre la présomption instituée par l'article 1132 du code civil (1re Civ., 9 février 2012, pourvoi no 11-13.778).

Dans l'affaire visée, la débitrice contestait avoir reçu l'intégralité de la somme réclamée. Dès lors que la cause de son engagement n'était pas mentionnée dans la reconnaissance de dette, il lui appartenait d'établir, par tous moyens, que la somme litigieuse ne lui avait été remise qu'en partie.
– au contraire, si l'acte précise la cause de l'obligation du débiteur, la preuve de la fausseté de la cause doit être administrée par un autre écrit (1re Civ., 23 février 2012, pourvoi no 11-11.230, *Bull.* 2012, I, no 36).

Dans cette espèce, la reconnaissance de dette mentionnait que la créance invoquée avait pour contrepartie l'exécution de travaux pour le compte de la débitrice. Pour établir la fausseté partielle de la cause exprimée dans l'acte, la cour d'appel s'était appuyée sur des attestations et lettres produites par l'intéressée et sur une mesure d'expertise judiciaire ordonnée par ses soins. L'arrêt précité du 23 février 2012 censure cette décision et pose en principe que la preuve de la fausseté de la cause exprimée à l'acte doit être administrée par écrit, dans les conditions de l'article 1341 du code civil.

Cette solution n'est pas nouvelle.

La Cour de cassation avait déjà fait application de cette règle dans une hypothèse où un débiteur reconnaissait, dans l'acte, avoir perçu les sommes litigieuses (1re Civ., 8 avril 2009, pourvoi no 07-20.652). Le pourvoi reprochant à la cour d'appel d'avoir retenu que l'existence des paiements ne pouvait être remise en cause par de simples présomptions avait ainsi été rejeté (voir, dans le même sens, 1re Civ., 4 juillet 1995, pourvoi no 93-16.236).

Si l'existence d'une fausse cause est démontrée, il incombe ensuite au bénéficiaire de la reconnaissance de dette, en application de l'article 1315 du code civil, de prouver que sa créance repose sur une autre cause licite, à défaut de quoi il doit succomber dans ses prétentions (1re Civ., 20 décembre 1988, pourvoi no 87-13.270, *Bull.* 1988, I, no 369 ; 1re Civ., 12 mai 2011, pourvoi no 10-11.618).

Section 2 – Preuve du paiement libératoire

Classiquement analysé comme étant un acte juridique (voir cependant l'analyse contraire du professeur Nicole Catala, *La Nature juridique du paiement*, LGDJ, 1961, n° 168-169), le paiement était soumis à l'exigence de la preuve écrite (1re Civ., 5 octobre 1976, pourvoi n° 75-12.099, *Bull.* 1976, I, n° 282 ; 1re Civ., 19 mars 2002, pourvoi n° 98-23.083, *Bull.* 2002, I, n° 101).

Rompant avec cette jurisprudence, la première chambre civile de la Cour de cassation pose désormais en principe que « la preuve du paiement, qui est un fait, peut être rapportée par tous moyens » (1re Civ., 6 juillet 2004, pourvoi n° 01-14.618, *Bull.* 2004, I, n° 202 ; 1re Civ., 5 juillet 2005, pourvoi n° 03-18.109 ; 1re Civ., 30 avril 2009, pourvoi n° 08-13.705).

L'arrêt précité du 6 juillet 2004 était analysé par certains auteurs comme consacrant la nature hybride du paiement qui, sous son aspect de versement d'une somme d'argent, constitue un simple fait, alors que, sous celui de la constatation de la volonté du créancier de tenir le versement pour satisfaisant, c'est un acte juridique (Ph. Malaurie, P. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, 3e éd., 2007, n° 1088, note 57).

Un autre auteur interprétait cet arrêt comme le signe d'une libéralisation des règles de preuve correspondant à la voie préconisée par l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription qui, dans son nouvel article 1231, prévoit que « le paiement se prouve par tous moyens » (G. Loiseau, « Réflexion sur la nature juridique du paiement », *JCP* 2006, éd. G, I, 171 ; *JCP* éd. G n° 42, 18 octobre 2010, 1040, chronique « Régime de l'obligation », § 15).

Au-delà de ce débat théorique, la qualification retenue par la première chambre civile de la Cour de cassation tend à un assouplissement souhaitable des règles de preuve en ce qu'elle rend admissible tous les moyens de preuve, quelle que soit la valeur du litige. La rigueur de la preuve écrite était d'ailleurs souvent assouplie par les juges du fond, qui admettaient largement l'impossibilité morale de se préconstituer un écrit pour admettre d'autres moyens de preuve.

Il convient d'observer que le revirement amorcé par l'arrêt du 6 juillet 2004 a été suivi par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation qui, dans un arrêt non publié du 17 décembre 2009 (pourvoi n° 06-18.649), retient que « […] la preuve du paiement peut être rapportée par tous moyens […] » sans se prononcer toutefois sur la qualification juridique du paiement.

Par un nouvel arrêt publié du 16 septembre 2010 (pourvoi n° 09-13.947, *Bull.* 2010, I, n° 173), la première chambre civile de la Cour de cassation maintient sa jurisprudence et censure une cour d'appel qui, pour rejeter une demande en paiement, avait retenu que le créancier ne produisait aucun écrit ou commencement de preuve par écrit au soutien de son action et ne versait aux débats que des attestations.

Chapitre 2 – En droit de la famille

La liberté de la preuve appelle des développements s'agissant du divorce (section 1) et des dispositions testamentaires (section 2).

Section 1 – Fait invoqué à l'appui du divorce

L'article 259 du code civil dispose : « Les faits invoqués en tant que causes de divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l'aveu. Toutefois, les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux. »

Dans le chapitre relatif à l'admissibilité des modes de preuve (voir partie 4, titre 2, chapitre 2), la recevabilité de certains supports de preuve sera examinée : rapports d'enquête de détectives privés, analyses sanguines, tests ADN, courriels ou SMS.

Dans le présent chapitre, seule la prohibition des attestations et témoignages des descendants, ajoutée par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce à l'article 259 précité du code civil, sera envisagée.

Ce récent ajout pourrait apparaître d'ailleurs comme faisant double emploi avec l'article 205 du code de procédure civile qui disposait déjà, *in fine* : « Toutefois, les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps. »

La Cour a toujours fait preuve d'une grande rigueur s'agissant de la prohibition du témoignage des descendants, il s'agit de l'une des rares limites posées à la liberté de la preuve en matière de faute, cause du divorce.

La Cour a élargi l'interdiction aux **déclarations recueillies en dehors de l'instance en divorce**. Ainsi, les déclarations des enfants faites devant les services de police dans le cadre d'une enquête pénale étrangère à l'instance en divorce ne peuvent être prises en considération (1re Civ., 1er février 2012, pourvoi n° 10-27.460, *Bull.* 2012, I, n° 16 : « attendu qu'il résulte de l'article 205 du code de procédure civile que les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps ; que cette prohibition s'applique aux déclarations recueillies en dehors de l'instance en divorce ; que, dès lors, c'est à bon droit que l'arrêt retient que les déclarations des enfants recueillies lors de l'enquête de police ne peuvent être prises en considération » ; voir aussi 1re Civ., 4 mai 2011, pourvoi n° 10-30.706, *Bull.* 2011, I, n° 79).

La Cour a aussi étendu l'interdiction de témoigner, qui trouve sa justification dans le difficile conflit de loyauté où se trouveraient placés les enfants, **à leurs conjoints, leurs concubins et même à leurs conjoints divorcés**. Cette extension de l'interdiction a notamment été énoncée dans les arrêts suivants :
– pour le conjoint du descendant : « attendu que la prohibition, édictée par l'article 205 du nouveau Code de procédure civile, de l'audition des descendants d'un époux, sur les griefs invoqués à l'appui d'une demande en divorce, s'applique aux conjoints de ces descendants » (2e Civ., 30 septembre 1998, pourvoi n° 96-21.110, *Bull.* 1998, II, n° 250) ;

– pour le conjoint divorcé du descendant : « attendu qu'en écartant l'attestation du conjoint divorcé d'un descendant, la cour d'appel a fait une exacte application de l'alinéa 2 de l'article 205 du nouveau code de procédure civile » (1re Civ., 14 février 2006, pourvoi no 05-14.686, *Bull.* 2006, I, no 71) ;
– pour le concubin du descendant : « attendu que le concubin d'un descendant ne peut être entendu sur les griefs invoqués par des époux à l'appui d'une demande en divorce » (2e Civ., 10 mai 2001, pourvoi no 99-13.833, *Bull.* 2001, II, no 94).

Tous les enfants sont concernés, qu'ils soient légitimes, naturels ou nés de précédentes unions.

La Cour a enfin précisé qu'étaient également concernés par cette interdiction **les témoignages directs mais aussi les témoignages indirects**.

Ainsi, doit être écartée des débats, en application de l'article 205 du code de procédure civile, l'attestation émanant de la mère de l'épouse relatant les propos tenus par ses petits-enfants sur le comportement de leur père à l'égard d'une autre femme (1re Civ., 3 novembre 2004, pourvoi no 03-19.079, *Bull.* 2004, I, no 239).

De même, l'attestation d'un ami du fils de l'épouse doit être écartée en application des articles 259 du code civil et 205 du code de procédure civile (1re Civ., 31 mars 2010, pourvoi no 09-14.700).

Enfin, la remise par un descendant à sa mère, dans le cadre d'une procédure de divorce, d'une lettre de son père rédigée quatre ans auparavant, est assimilable à un témoignage prohibé visé par l'article 205 du code de procédure civile (2e Civ., 5 juillet 2001, pourvoi no 99-15.244, *Bull.* 2001, II, no 129 : « Attendu que la remise par un descendant d'une lettre d'un parent relative aux torts du divorce équivaut au témoignage prohibé par l'article 205 du nouveau Code de procédure civile »).

La Cour a donc, de façon continue, adopté une interprétation élargie de la notion de descendants, n'hésitant pas à inclure dans cette catégorie des personnes n'ayant pas de lien d'alliance. Il s'agit de la principale restriction à la liberté de la preuve en matière de divorce.

Section 2 – Contenu des dispositions testamentaires

Un testament, pour être valable, suppose nécessairement un écrit dans l'une des formes de l'article 969 du code civil, ou dans celle prévue par la Convention de Washington du 26 octobre 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international. Le testament verbal est nul (Cass. Req., 19 novembre 1867, *D.* 1868, 1, p. 216).

Lorsque l'acte original, l'instrument testamentaire, qui constitue en principe la preuve littérale du titre, ne peut être présenté, la preuve de la réalité du testament, c'est-à-dire celle de son existence et de son contenu, peut néanmoins se faire par tous moyens si sont remplies les conditions dérogatoires aux modes de preuve littérale que prévoit l'article 1348, alinéa 1er, du code civil, dont l'application au testament est admise depuis longtemps par la Cour de cassation (Cass. civ., 12 décembre 1859 ; *D.* 1860, 1, p. 334).

Il en est ainsi seulement lorsque le titre a été perdu par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure (voir, par exemple, Cass. Req., 1er août 1927, *Gaz. Pal.* 1927, 2, p. 895), ce

que ne constitue pas la perte de l'original par l'avocat auquel il avait été remis (1re Civ., 12 novembre 2009, pourvoi no 08-17.791, *Bull.* 2009, I, no 227).

Ainsi, il appartient à celui qui se prévaut d'un testament qu'il ne peut présenter d'établir l'existence du titre disparu et du cas fortuit ou de la force majeure qui a provoqué sa disparition, ce qu'il peut faire par tous moyens. Ce n'est que s'il rapporte cette preuve qu'il sera admis à prouver librement le contenu de l'acte, c'est-à-dire les dernières volontés du défunt.

La copie reproduction fidèle et durable de l'original permet-elle d'échapper aux règles régissant la preuve littérale du testament comme le prévoit l'article 1348, alinéa second, du code civil ?

La Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de l'affirmer, mais elle a précisé que seule la partie à l'acte (et s'agissant d'un acte unilatéral, seul le testateur est partie) ayant perdu l'original ou le dépositaire, est en droit de pallier ainsi l'absence du titre original, de sorte qu'un prétendu légataire n'ayant jamais été dépositaire de l'original du testament l'instituant ne rapporte pas la preuve de son legs par la production d'une copie de celui-ci (1re Civ., 19 avril 2005, pourvoi no 02-16.447, *Bull.* 2005, I, no 197).

Si la copie est admise, il y a lieu de penser que les contestations qui auraient pu être soulevées contre l'original, authenticité de l'écriture ou de la signature par exemple, sont recevables, et on ne voit pas ce qui les ferait échapper au régime des preuves afférentes à ces contestations.

Chapitre 3 – En droit des actes de commerce

Le principe de la liberté de preuve en matière commerciale est ancien : un édit de Charles IX de 1563 instituant les juridictions consulaires admettait déjà la preuve par témoin (D. Houtcieff, *Droit commercial, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, instruments de paiement et de crédit*, Sirey, 2e éd., 2008, § 338). Le code de commerce de 1807 l'a consacré – non sans quelques hésitations – en ces termes : « Les achats et les ventes se constatent : Par actes publics, Par actes sous signature privée, Par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, dûment signé par les parties, Par une facture acceptée, Par la correspondance, Par les livres des parties, Par la preuve testimoniale, dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre » (article 109). La Cour de cassation a interprété cette disposition comme établissant une liberté de preuve totale (Civ., 17 mai 1892, *D.P.* 1892, 1, p. 603). Elle a en outre très tôt précisé qu'il était possible de prouver par tous moyens même contre un acte écrit (Cass. Req., 25 nov. 1903, *D.P.* 1904, 1, p. 332). L'article 109 modifié par la loi no 80-525 du 12 juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques, devenu L. 110-3 du code de commerce en vertu de l'ordonnance no 2000-912 du 18 septembre 2000, est désormais plus explicite en disposant que : « À l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi. » Ce principe se justifie par les exigences de rapidité et de simplicité qu'impose la vie des affaires (section 1). Sa pérennité ou continuité apparente s'accompagne toutefois d'un mouvement d'atténuation de son particularisme voire de sa force, dont on présentera les principales illustrations (section 2). Certains modes de preuve que sont les livres comptables et les

factures, expressément évoqués par l'ancien article 109 du code de commerce de 1807, font aujourd'hui l'objet d'une réglementation spécifique (section 3). Enfin il faut signaler le particularisme du bail commercial entre commerçants (section 4).

Section 1 – Principe de la liberté des preuves

La loi du 12 juillet 1980 précitée a restreint le domaine d'application de l'ancien article 109 en exigeant que l'acte en cause ait été accompli par un commerçant. La jurisprudence antérieure se contentait en effet de l'existence d'un acte de commerce (Com., 5 octobre 1993, pourvoi n° 91-12.372, *Bull.* 1993, IV, n° 310). Les conséquences de cette restriction sont importantes. Ainsi la règle est-elle inapplicable à un cautionnement donné par le gérant d'une société à responsabilité limitée (SARL) (Com., 21 juin 1988, pourvoi n° 86-10.128, *Bull.* 1988, IV, n° 212) ou par le président d'une société anonyme (SA) (Com., 26 novembre 1990, pourvoi n° 89-12.277, *Bull.* 1990, IV, n° 301). Il faut en effet que l'acte ait été passé par un commerçant (Com., 10 novembre 2009, pourvoi n° 06-12.779) ayant agi dans l'exercice ou dans l'intérêt de son commerce (Com., 19 janvier 1993, pourvoi n° 90-16.380, *Bull.* 1993, IV, n° 21).

En ce qui concerne les actes mixtes, conclus entre un commerçant et un non-commerçant, la preuve se fait par tous moyens contre la personne qui est intervenue en qualité de commerçant et dans l'intérêt de son commerce (Com., 20 mai 1980, pourvoi n° 78-15.932, *Bull.* 1980, IV, n° 210 ; Com., 21 juin 1994, pourvoi n° 92-18.630, *Bull.* 1994, IV, n° 232). On peut ainsi prouver par tous moyens contre une société commerciale (3e Civ., 6 octobre 2009, pourvoi n° 08-17.206 ; 1re Civ., 29 septembre 2004, pourvoi n° 01-16.376). Mais la règle cesse en revanche de jouer lorsque le défendeur n'est pas commerçant (Com., 13 novembre 2007, pourvoi n° 06-17.823), sauf à faire application des règles de droit commun et notamment des exceptions à l'exigence d'un acte écrit en cas d'impossibilité de se procurer une telle preuve, règles dont peut se prévaloir un commerçant à l'égard de ses clients (Com., 12 octobre 1982, pourvoi n° 81-12.727, *Bull.* 1982, IV, n° 312). En outre, le principe de la liberté de preuve peut ponctuellement voir son domaine étendu en présence d'un usage le consacrant dans une matière non commerciale à proprement parler. Il en va ainsi en matière agricole, dans laquelle il existe un usage qui autorise les parties à conclure verbalement les ventes d'aliments pour le bétail (Com., 22 mars 2011, pourvoi n° 09-72.426, *Bull.* 2011, IV, n° 50). En revanche, conformément à la lettre de l'article L. 521-1 du code de commerce, la Cour de cassation a considéré que le principe de la liberté de preuve du gage commercial était également applicable lorsqu'il s'agit de prouver contre un non-commerçant s'il a été constitué en garantie des engagements d'un commerçant envers un autre commerçant (Com., 23 octobre 1984, pourvoi n° 83-14.044, *Bull.* 1984, IV, n° 278 ; Com., 2 octobre 2001, pourvoi n° 98-17.770).

Les dispositions de l'article L. 110-3 du code de commerce font exception à celles de l'article 1341 du code civil (voir, par exemple, Com., 26 mai 2004, pourvoi n° 02-16.480). La preuve d'un acte passé entre une SA, société commerciale par sa forme, et un commerçant, échappe donc aux prescriptions de l'article 1341 (Com., 13 novembre 2007, pourvoi n° 06-17.823 ; s'agissant d'une SARL : Com., 10 mars 2004, pourvoi n° 02-15.256). On peut également prouver par témoins ou présomptions contre un acte écrit (Com., 21 novembre 1995, pourvoi n° 93-20.893).

La règle fait aussi échec aux articles 1325, 1326 et 1328 du code civil. L'article 1326 n'est pas applicable au cautionnement souscrit par un commerçant dès lors que celui-ci a agi dans l'exercice ou l'intérêt de son commerce (Com., 12 mai 1998, pourvoi n° 95-15.355, *Bull.* 1998, IV, n° 150). Il en va de même des dispositions de l'article 1328 qui conditionnent l'existence d'une date certaine pour les actes sous seing privé (Com., 17 mars 1992, pourvoi n° 90-10.694, *Bull.* 1992, IV, n° 121), ainsi que de celles de l'article 1325 qui régissent le nombre d'originaux d'un acte sous seing privé qui doivent être préconstitués (Com., 24 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.549). On peut enfin prouver par tous moyens l'existence d'un contrat de transport même en l'absence de lettre de voiture (Com., 27 mars 2007, pourvoi n° 05-21.326).

Les modes de preuve admis en matière commerciale sont très variés. On peut ainsi prouver par témoins, présomption, aveu et serment. Toutefois, la force probante des éléments de preuve – même libre – reste soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond, ainsi qu'à l'exigence de loyauté. Dans un arrêt du 9 février 2010, par exemple, la chambre commerciale a rappelé que le juge du fond était libre d'apprécier la crédibilité des témoignages qui lui étaient présentés (pourvoi n° 08-18.067). En matière commerciale, davantage peut-être que dans d'autres, les progrès accomplis dans le domaine informatique et les moyens de communication sont pris en compte par la jurisprudence. C'est notamment en cette matière qu'ont été admis comme mode de preuve les microfilms auxquels la pratique bancaire avait fait appel pour régler ses problèmes d'archivage des chèques, ce qui a conduit à la reconnaissance par le législateur de la copie fidèle et durable (article 1348, alinéa 2, issu de la loi du 12 juillet 1980 précitée). La preuve d'un acte de commerce peut être aussi rapportée par télécopie, dès lors qu'ont été vérifiées, ou ne sont contestées, ni son intégrité ni l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné (Com., 2 décembre 1997, pourvoi n° 95-14.251, *Bull.* 1997, IV, n° 315), ou photocopie (1re Civ., 30 mai 2000, pourvoi n° 98-16.519, *Bull.* 2000, I, n° 164), ce raisonnement étant transposable aux courriels ou messages écrits téléphoniques dits « SMS » (Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-43.209, *Bull.* 2007, V, n° 85). L'informatique offre en effet des garanties importantes de conservation des preuves (voir, par exemple, Com., 2 décembre 1997, pourvoi n° 95-13.039). Depuis la réforme du droit de la preuve initiée par la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, le juge du fond s'est vu toutefois reconnaître une grande liberté pour apprécier la valeur probante des supports électroniques en toute matière (article 1316-2 du code civil).

La chambre commerciale a régulièrement l'occasion de faire application du principe selon lequel les faits se prouvent par tous moyens, dans des domaines variés.

Pour ne retenir qu'un exemple des plus originaux, on peut évoquer un arrêt rendu en matière de contrefaçon le 3 mai 2012 (Com., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-10.508, *Bull.* 2012, IV, n° 89) où la chambre a approuvé une cour d'appel d'avoir dit que les constats établis par les agents de l'agence pour la protection des programmes (APP) relatifs à la constatation de faits qui ne relèvent pas de leur champ de compétence, s'étendant aux infractions liées au droit d'auteur, à ses droits voisins et aux droits des producteurs de données, étaient nuls et que, si un acte nul ne saurait produire aucun effet juridique, les constats établis par les agents de l'APP à la demande de la société Louis Vuitton Malletier, concernant des faits qui seraient constitutifs d'une atteinte au droit des marques, constituaient des éléments de preuve permettant de retenir sa

compétence puis la responsabilité des sociétés eBay, dans la mesure où, la preuve de faits juridiques pouvant être rapportée par tous moyens, la cour d'appel avait pu retenir que les constatations de l'APP valaient à titre de simple renseignement.

Section 2 – Atténuation du particularisme probatoire

Le particularisme du droit de la preuve entre commerçants s'estompe. En effet, le régime probatoire appliqué aux particuliers tend à s'en rapprocher au travers, notamment, de l'interprétation large des exceptions à l'article 1341 du code civil ou de l'admission de la preuve électronique. En outre, le droit commercial voit se multiplier des règles spécifiques de forme. Ces règles participent de l'essor d'un nouveau formalisme contractuel qui entend protéger les commerçants à l'occasion de certains actes graves, ou lorsque ceux-ci se trouvent dans une relation d'affaires potentiellement dissymétrique.

Ce formalisme touche le plus souvent à la validité de l'acte mais a nécessairement des répercussions sur l'administration de la preuve. Est ainsi nul l'engagement de caution, pris par acte sous seing privé par une personne physique envers un créancier professionnel, qui ne comporte pas la mention manuscrite exigée par l'article L. 341-2 du code de la consommation (Com., 28 avril 2009, pourvoi n° 08-11.616, *Bull.* 2009, IV, n° 56). En l'espèce, le non-respect de ce formalisme ne pouvait pas, selon la chambre commerciale, être compensé par l'aveu judiciaire de la caution. De même, les articles L. 330-3, R. 330-1 et R. 330-2 du code de commerce relatifs à l'engagement d'exclusivité en matière commerciale imposent la remise au bénéficiaire de l'exclusivité d'un document lui permettant de connaître l'état du réseau dans lequel il va s'insérer et l'étendue de ses engagements (voir, pour une illustration récente de l'impact de cette législation sur la question de la preuve, Com., 7 janvier 2004, pourvoi n° 02-12.366).

Il existe désormais un grand nombre d'hypothèses dans lesquelles un écrit est exigé comme condition d'existence de l'acte passé. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut relever le cas de la vente de fonds de commerce (article L. 141-1 du code de commerce), de la vente de navire (article 10 de la loi n° 67-5 du 3 janvier 1967), de la cession de brevets ou de marques (article L. 613-8 du code de la propriété intellectuelle pour la cession de brevets, et article L. 714-1 pour les marques). De même, les articles 1835 du code civil et L. 225-15 du code de commerce imposent la constitution par écrit des sociétés en vue de leur immatriculation. Le droit cambiaire est également très formaliste et illustre le fait que la liberté de preuve en matière commerciale doit aussi composer avec l'exigence de sécurité juridique, tout aussi nécessaire à la vie des affaires.

Section 3 – Réglementation spécifique des livres comptables et factures émises par les commerçants

Il existe des modes de preuve propres à la matière commerciale, qui concernent pour l'essentiel les livres de commerce, les documents comptables et les factures. L'article L. 123-23 du code de commerce précise que les livres de commerce font preuve entre commerçants (Com., 7 juin 2006, pourvoi n° 05-12.273 ; Com., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-15.128). Les livres de commerce sont constitués d'un livre-journal, d'un grand livre et d'un livre d'inventaire (article R. 123-173 du code de commerce). La

notion de documents comptables est plus large et comprend tous les documents comptables que sont notamment le bilan et le compte de résultat. Un commerçant peut se prévaloir à l'égard d'un autre commerçant de sa comptabilité si celle-ci est régulière. Le juge conserve toutefois le pouvoir d'apprécier cette régularité et la valeur probante de ces documents en application de l'article L. 110-3 du code de commerce (Com., 17 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.957). Des listings informatiques relatant des mouvements comptables ont ainsi été admis à titre de preuve dans un litige entre deux sociétés (Com., 20 mai 2008, pourvoi n° 07-13.556), la cour d'appel ayant également pris en compte les relations d'affaires ayant existé entre les parties.

Les articles 1329 et 1330 du code civil interdisent, dans certaines limites, aux commerçants de prouver par leurs moyens contre les non-commerçants, mais autorisent, sous certaines conditions, que ces documents fassent preuve contre eux. Afin de préserver le secret des affaires, la communication à une partie ou à un tiers des documents comptables est en outre strictement réglementée par l'alinéa 3 de l'article L. 123-23 du code de commerce, auquel peut toutefois faire échec la production forcée ordonnée par le juge sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile (2e Civ., 6 mai 1999, pourvoi n° 96-10.631, *Bull.* 1999, II, n° 81).

S'agissant des factures, l'article L. 441-3 du code de commerce rend leur établissement obligatoire et précise les mentions qu'elles doivent comporter. Ce formalisme concerne pour l'essentiel le respect des obligations fiscales des commerçants, mais ces factures peuvent être produites à l'occasion d'un litige. Une facture équivaudra dans un litige à un acte sous seing privé lorsqu'elle aura été acquittée ou signée (Com., 19 février 2008, pourvoi n° 06-19.310 ; Com., 25 février 2003, pourvoi n° 00-20.956), mais demeure soumise à l'appréciation souveraine du juge du fond et risque d'être parfois insuffisante en l'absence de tout autre élément (Com., 11 avril 2012, pourvoi n° 11-15.968 ; Com., 17 novembre 2009, [deux arrêts] pourvois n° 08-20.957 et n° 08-20.958 ; Com., 20 mai 2008, pourvoi n° 07-13.556 précité ; Com., 8 novembre 2005, pourvoi n° 03-14.898).

Section 4 – Bail commercial entre commerçants

L'article L. 110-3 du code de commerce aménage à l'encontre des commerçants un régime de preuve dérogatoire. Aux termes de ce texte : « À l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi. »

Cette règle dérogatoire profite notamment souvent aux bailleurs de locaux commerciaux en cas de litige avec leur locataire. Si, en effet, ces bailleurs n'ont pas toujours la qualité de commerçants, les locataires ont, par hypothèse, cette qualité (étant rappelé que l'article L. 145-1 du code de commerce subordonne le bénéfice du statut des baux commerciaux à qui est inscrit au registre du commerce et des sociétés).

Elle a pour conséquence que le bailleur sera en droit de prouver par tous moyens son droit contre son cocontractant, alors même que les règles communes de preuve seraient plus exigeantes.

Mais lorsque le bailleur est lui-même commerçant, la liberté de preuve devient bilatérale.

Un arrêt de la troisième chambre civile en date du 29 novembre 2005 (pourvoi n° 04-11.321, *Bull.* 2005, III. 2005, n° 228) constitue une bonne illustration de ce nouvel équilibre probatoire qui s'installe lorsque les deux parties au bail sont commerçantes :

Le bailleur de la cause avait délivré à son locataire un congé avant que d'exercer ce que la pratique appelle le « droit de repentir » organisé par l'article L. 145-58 du code de commerce (soit le droit de renoncer au bénéfice du congé pour ne pas payer au locataire l'indemnité d'éviction à laquelle il peut prétendre par principe en cas de non-renouvellement).

Le locataire réclamait néanmoins le paiement de l'indemnité arguant de ce qu'il avait contracté un nouveau bail pour d'autres locaux avant que l'acte par lequel le bailleur avait exercé son droit de repentir ne lui parvienne.

Pour résister à cette prétention, le bailleur invoquait, avec succès devant la cour d'appel, les dispositions de l'article 1328 du code civil desquelles il aurait normalement dû résulter que le nouveau bail n'avait pas acquis date certaine avant que lui-même ne notifie l'exercice de son droit de repentir.

Mais c'était oublier là les dispositions de l'article L. 110-3 du code de commerce, qui permettent de s'affranchir des exigences du droit commun de la preuve (« Attendu que, pour déclarer opposable à la société Logistic l'exercice du droit de repentir notifié par la bailleresse le 21 décembre 1998, l'arrêt retient qu'aucun des éléments sur lesquels se fonde la société locataire pour établir l'antériorité du nouveau bail conclu par elle ne répond aux exigences de l'article 1328 du Code civil ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'à l'égard des commerçants la date d'un acte de commerce peut être prouvée par tous moyens, la cour d'appel a violé le texte susvisé »).

Chapitre 4 – En droit des assurances

En droit des assurances, le contrat est l'objet d'un débat probatoire qu'il s'agisse de son existence (section 1) ou de son contenu (section 2). La preuve de la fausse déclaration fait l'objet de règles spécifiques s'agissant de la mauvaise foi (section 3) et des déclarations contenues dans les questionnaires adressés à l'assuré (section 4).

Section 1 – Preuve du contrat d'assurance

Les règles relatives à l'administration de la preuve diffèrent selon que le bénéfice de l'assurance est invoqué par l'assuré ou par un tiers.

§ 1. Preuve de l'existence et du contenu du contrat d'assurance par l'assuré

Classiquement c'est à l'assuré qui réclame le bénéfice de l'assurance d'apporter la preuve de l'existence du contrat. L'article L. 112-3 du code des assurances dispose que « le contrat d'assurance et les informations transmises par l'assureur au souscripteur mentionnées dans le présent code sont rédigés par écrit, en français, en caractères

apparents ». Il résulte de ce texte que, si le contrat d'assurance est un contrat consensuel, parfait dès la rencontre des volontés de l'assureur et du souscripteur (2e Civ., 14 juin 2007, pourvoi no 06-15.955, *Bull.* 2007, II, no 153), la preuve de son existence ne peut être rapportée que par écrit (1re Civ., 14 novembre 1995, pourvoi no 93-14.546, *Bull.* 1995, I, no 402 ; 1re Civ., 2 mars 2004, pourvoi no 00-19.871). Cette exigence d'une preuve littérale, quel que soit le montant des sommes en jeu, déroge à l'article 1341 du code civil qui n'impose la preuve par écrit que pour les choses dont la valeur excède un montant fixé par décret (actuellement une somme de 1 500 euros). L'article L. 112-2 du code des assurances vise spécialement la police d'assurance et la note de couverture qui constatent l'engagement réciproque des parties et constituent des preuves parfaites de leur accord. Mais l'assuré peut également se prévaloir d'une attestation d'assurance à laquelle on reconnaît la valeur d'une présomption simple de garantie que l'assureur peut combattre par tous moyens (1re Civ., 26 mai 1970, pourvoi no 68-11.341, *Bull.* 1970, I, no 172 ; 1re Civ., 15 octobre 1970, pourvoi no 69-11.729, *Bull.* 1970, I, no 267). Plus généralement « tout écrit peut être utilisé comme moyen de preuve pour établir l'existence d'un contrat d'assurance » (1re Civ., 5 mars 1974, pourvoi no 73-10.178, *Bull.* 1974, I, no 71) dès lors qu'il émane de la personne à laquelle on l'oppose (1re Civ., 2 mars 2004, pourvoi no 00-19.871, précité), sauf aux juges du fond à en apprécier souverainement la force probante. En revanche, viole les articles L. 112-3 du code des assurances et 1347 du code civil l'arrêt qui énonce que la preuve de la conclusion du contrat d'assurance résulte de l'envoi par le proposant des bulletins à la compagnie d'assurance et de l'encaissement sans réserve, par celle-ci, d'un chèque d'acompte à valoir sur le paiement des primes, sans relever l'existence d'un écrit émanant de l'assureur et faisant preuve du contrat d'assurance ou du moins, constitutif d'un commencement de preuve par écrit le rendant vraisemblable et régulièrement complété (1re Civ., 10 juillet 2002, pourvoi no 99-15.430, *Bull.* 2002, I, no 191).

Par ailleurs, le fait que l'assuré prouve l'existence d'un contrat d'assurance ne le dispense pas d'apporter également la preuve littérale et suffisante du contenu de celui-ci (2e Civ., 13 mai 2004, pourvoi no 03-10.964, *Bull.* 2004, II, no 227). Ainsi, lorsque la teneur du contrat discuté demeure ignorée, c'est à l'assuré qu'il incombe de produire le contrat litigieux et de rapporter la preuve de son contenu (2e Civ., 22 janvier 2009, pourvoi no 07-19.532). Il a également été jugé qu'inversait la charge de la preuve une cour d'appel qui condamne l'assureur à garantie au seul motif que celui-ci ne produit pas la police d'assurance, alors qu'il appartient à l'assuré d'établir que sont réunies les conditions requises pour mettre en jeu la garantie (1re Civ., 13 octobre 1999, pourvoi no 97-16.284).

§ 2. Preuve de l'existence et du contenu du contrat d'assurance par les tiers

Les tiers, notamment la victime exerçant l'action directe contre l'assureur, doivent établir l'existence du contrat d'assurance dont ils se prévalent (en ce sens, 1re Civ., 29 avril 1997, pourvoi no 95-10.564) mais ils peuvent, contrairement aux parties, rapporter cette preuve par tous moyens (1re Civ., 14 octobre 1997, pourvoi no 95-16.980, *Bull.* 1997, I, no 271 ; 1re Civ., 17 juillet 1996, pourvoi no 94-16.796). À l'égard des tiers, la police d'assurance constitue, en effet, un simple fait juridique dont la preuve est libre. S'agissant du contenu de la police d'assurance, il a été jugé que « le bénéfice du contrat d'assurance [étant] invoqué, non par l'assurée, mais par la victime du dommage tiers à

ce contrat, […] il incombait dès lors à l'assureur de démontrer, en versant la police aux débats, qu'il ne devait pas sa garantie pour le sinistre objet du litige » (1re Civ., 2 juillet 1991, pourvoi no 88-18.486, *Bull.* 1991, I, no 217). La solution contraire aboutirait à mettre à la charge du tiers une preuve impossible, dès lors qu'il n'est pas en possession de la police d'assurance.

Section 2 – Preuve de la connaissance des clauses du contrat

Une clause d'un contrat d'assurance n'est opposable à l'assuré que si elle a été portée à sa connaissance au moment de l'adhésion à la police ou, tout au moins, antérieurement au sinistre (voir 2e Civ., 24 mai 2006, pourvoi no 04-18.680 : clause de limitation de garantie ; 2e Civ., 11 janvier 2007, pourvoi no 06-11.478 : clause d'exclusion de garantie ; 1re Civ., 27 mars 2001, pourvoi no 98-19.481, *Bull.* 2001, I, no 82 et 2e Civ., 21 avril 2005, pourvoi no 03-19.697, *Bull.* 2005, II, no 107 : clause par laquelle l'assureur subordonnait sa garantie à la réalisation par l'assuré, d'une condition particulière).

C'est à l'assureur qui se prévaut d'une stipulation contractuelle de démontrer qu'elle a été portée à la connaissance de son cocontractant (1re Civ., 7 mars 1995, pourvoi no 92-14.788 ; 2e Civ., 28 mai 2009, pourvoi no 08-16.928). Une telle preuve peut résulter de l'insertion dans les conditions particulières signées par l'assuré d'une clause de renvoi à des documents non signés, à la condition que ces documents soient suffisamment identifiés, que l'assuré soit informé qu'ils font partie du contrat et qu'il ait pu en prendre connaissance avant sa conclusion. Ainsi a-t-il été jugé que la mention figurant dans les conditions particulières signées par le souscripteur d'un contrat d'assurance, par laquelle ce dernier reconnaissait avoir reçu un exemplaire du contrat, composé desdites conditions particulières et de conditions générales désignées par leur référence, établit que ces conditions générales, bien que non signées, ont été portées à la connaissance de l'assuré et lui sont, par conséquent opposables (1re Civ., 17 novembre 1998, pourvoi no 96-15.126, *Bull.* 1998, I, no 316 ; 2e Civ., 22 janvier 2009, pourvoi no 07-19.234). En revanche, viole l'article L. 112-2 du code des assurances la cour d'appel qui retient l'opposabilité d'une clause d'exclusion de garantie contenue dans les conditions générales alors que l'assuré n'avait pas signé la deuxième page des conditions particulières qui seule renvoyait aux conditions générales, et que l'assureur n'établissait pas avoir porté à la connaissance de l'assuré la clause litigieuse avant la survenance du sinistre (2e Civ., 6 octobre 2011, pourvoi no 10-15.370). Toujours dans le même registre, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir retenu, en l'absence de signature des conditions particulières et générales, que l'assureur ne démontrait pas que l'assuré avait eu connaissance avant le sinistre de la clause de limitation de garantie et l'avait acceptée (2e Civ., 24 novembre 2011, pourvoi no 10-17.785).

Dans le domaine spécifique des assurances de groupe, la prise de connaissance par l'adhérent des stipulations contractuelles s'effectue, selon l'article L. 141-4 du code des assurances, au moyen d'une notice remise par le souscripteur et résumant de façon très précise les droits et obligations des parties. Il a été jugé que cette remise devait intervenir au plus tard à la date de l'adhésion pour que la clause invoquée par l'assureur soit opposable à l'adhérent (1re Civ., 3 février 1993, pourvoi no 91-12.463, *Bull.* 1993, I, no 48 ; 1re Civ., 30 mars 1994, pourvoi no 90-20.209). La preuve de la remise par le souscripteur de la notice prévue par la loi incombe à l'assureur qui entend opposer

à l'adhérent une clause limitative de garantie. Si l'adhérent appose sa signature au bas d'un document précisant qu'il reconnaît avoir reçu la notice, la preuve de sa remise est rapportée et les exclusions ou limitations de garantie qu'elle contient lui seront opposables (1re Civ., 9 décembre 1992, pourvoi no 91-13.757 ; 2e Civ., 14 juin 2012, pourvoi no 11-13.951). Mais tel n'est pas le cas si la clause de renvoi signée mentionne seulement que l'adhérent déclare avoir pris connaissance des conditions générales (1re Civ., 3 février 1993, pourvoi no 91-12.463, *Bull.* 1993, I, no 48).

Section 3 – Preuve de la fausse déclaration et de la mauvaise foi

Pour qu'un assuré encoure la sanction édictée par l'article L. 113-8 du code des assurances en cas de fausse déclaration intentionnelle, à savoir la nullité du contrat d'assurance, encore faut-il que l'assureur établisse qu'il a agi de mauvaise foi dans l'intention de tromper l'assureur dans son appréciation du risque à assurer. Cette preuve peut être rapportée par tous moyens, mais la bonne foi étant présumée en application de l'article 2274 du code civil, le seul constat de l'existence d'une inexactitude dans les réponses apportées aux questions posées par l'assureur ne suffit pas à faire la preuve de la mauvaise foi de l'assuré. Ainsi ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article L. 113-8 du code des assurances la cour d'appel qui statue sans rechercher, comme elle y était invitée, si les déclarations inexactes avaient été faites de mauvaise foi, dans l'intention de tromper l'assureur (2e Civ., 14 juin 2006, pourvoi no 02-18.636). Lorsqu'elle se manifeste par une réponse inexacte à un questionnaire, la fausse déclaration intentionnelle suppose que la question posée soit suffisamment claire et précise pour pouvoir caractériser la mauvaise foi de l'assuré. Ainsi, l'assuré n'encourt pas de sanction pour une déclaration inexacte si la formule employée dans le questionnaire était de nature à prêter à confusion (1re Civ., 15 octobre 1991, pourvoi no 90-11.725), ou si le libellé défectueux du questionnaire était difficilement compréhensible par un assuré (1re Civ., 9 décembre 1997, pourvoi no 95-21.758). Il en est de même lorsque la question posée ne conduisait pas l'assuré à révéler l'information qu'on lui reproche d'avoir dissimulée (2e Civ., 9 avril 2009, pourvoi no 08-14.624). En revanche, la mauvaise foi de l'assuré peut se déduire d'une réponse inexacte à une question claire et précise (2e Civ., du 10 mars 2004, pourvoi no 03-10.134). Les juges du fond sont souverains pour apprécier la mauvaise foi de l'assuré (même arrêt), qu'il s'agisse de l'écarter ou de la retenir, mais doivent procéder à cette recherche et motiver leur décision.

Section 4 – Preuve de la fausse déclaration et rôle du questionnaire

Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1930, dite « Godart », relative au contrat d'assurance (article L. 113-2 ancien du code des assurances), l'assuré était tenu de « déclarer exactement lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de lui qui [étaient] de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge ». Il devait de la même manière, en cours de contrat, déclarer à l'assureur « les circonstances spécifiées dans la police qui [avaient] pour conséquence d'aggraver les risques ». Cette obligation de déclaration spontanée, en dehors de toute question posée par l'assureur, dont l'étendue était quasiment illimitée et difficile à apprécier par l'assuré, a été critiquée par la Commission des clauses abusives, dans une recommandation no 85-04 adoptée le 20 septembre 1985. Considérant que cette obligation d'information était

trop extensive, la Cour de cassation a entendu la circonscrire et a décidé que « l'exactitude des déclarations faites par l'assuré en exécution de l'article L. 113-2 du code des assurances devait s'apprécier en fonction des questions posées » (1re Civ., 2 juillet 1985, pourvoi no 84-12.605, *Bull.* 1985, I, no 207). C'est dans ce contexte qu'est intervenue la loi no 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen laquelle, entérinant cette évolution jurisprudentielle, a écarté le régime de la déclaration spontanée au profit d'un régime de déclaration « provoquée ». Ainsi dans sa rédaction actuelle, l'article L. 113-2, 2°, du code des assurances oblige seulement l'assuré lors de la souscription de la police à « répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge ». En cours de contrat, l'article L. 113-2, 3°, du même code prévoit que l'assuré n'est tenu de déclarer que les « circonstances nouvelles qui ont pour conséquence soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux et rendent de ce fait inexactes ou caduques les réponses faites à l'assureur, notamment dans le formulaire mentionné au 2° ci-dessus ». L'obligation déclarative de l'assuré se trouve ainsi limitée lors de la souscription de la police aux seules circonstances qui ont fait l'objet d'une question posée par l'assureur lorsqu'elles sont de nature à influer sur son évaluation du risque et en cours de contrat aux circonstances nouvelles susceptibles d'affecter la pertinence des réponses apportées aux questions initialement posées.

L'article L. 113-8 du code des assurances, qui sanctionne spécialement la fausse déclaration intentionnelle de l'assuré, n'a pas été modifié par la loi du 31 décembre 1989. Ce texte prévoit qu'« indépendamment des causes ordinaires de nullité, et sous réserve des dispositions de l'article L. 132-26, le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé a été sans influence sur le sinistre ». Les sanctions édictées par l'article L. 113-8 du code des assurances supposent ainsi la triple démonstration par l'assureur, sur lequel repose la charge de la preuve, d'une réticence ou fausse déclaration, de son caractère intentionnel et de l'influence de cette omission ou fausse déclaration sur l'appréciation du risque assuré. En considération de l'abandon de l'obligation de déclaration spontanée, la Cour de cassation a retenu, au visa des articles L. 113-2 et L. 113-8 du code des assurances, que la nullité du contrat pour fausse déclaration intentionnelle ne pouvait être prononcée sans que soit constaté que l'assureur avait posé une question qui aurait dû conduire l'assuré à lui déclarer un élément propre à modifier son appréciation du risque (2e Civ., 15 février 2007, pourvoi no 05-20.865, *Bull.* 2007, II, no 36 ; 2e Civ., 9 avril 2009, pourvoi no 08-14.624 ; 2e Civ., 13 janvier 2011, pourvoi no 10-12.806). Elle a également jugé que violait l'article L. 113-2, 3°, du code des assurances, la cour d'appel qui, pour décider qu'un assuré encourait la sanction prévue par l'article L. 113-8, avait retenu qu'il avait commis une réticence fautive en n'informant pas l'assureur, en cours de contrat, de la découverte de désordres affectant les installations assurées, alors qu'il ressortait de ses constatations que l'assureur n'avait pas posé de question à l'assuré lors de la conclusion du contrat (1re Civ., 24 juin 1997, pourvoi no 97-17.994, *Bull.* 1997, I, no 207).

On a pu se demander si le régime défini par l'article L. 113-2 nouveau du code des assurances permettait encore de sanctionner les fausses déclarations faites spontanément

par l'assuré. La deuxième chambre civile a répondu par l'affirmative en jugeant que « si les dispositions de l'article L. 113-2, 2°, du code des assurances imposent à l'assuré d'informer l'assureur des circonstances de nature à lui faire apprécier le risque qu'il prend en charge, lorsque lui sont posées des questions, le juge peut prendre en compte, pour apprécier l'existence d'une fausse déclaration intentionnelle prévue à l'article L. 113-8 du même code, les déclarations faites par l'assuré à sa seule initiative lors de la conclusion du contrat » (2e Civ., 19 février 2009, pourvoi no 07-21.655, *Bull.* 2009, II, no 48). Cette solution découle de ce que le contrat d'assurance étant un contrat de bonne foi, l'assuré qui, au-delà de son obligation déclarative, prend l'initiative de faire état spontanément de certaines circonstances de nature à influer sur l'appréciation des risques, doit faire preuve de loyauté dans la relation de ces faits.

S'est également posée la question de savoir si la preuve d'une fausse déclaration intentionnelle pouvait être rapportée en l'absence de production d'un questionnaire écrit mentionnant les questions posées par l'assureur dans la phase précontractuelle. La première chambre civile à l'époque où elle traitait du contentieux relatif au droit des assurances comme la deuxième chambre civile actuellement tendent à considérer que l'établissement d'un formulaire de déclaration des risques n'est pas nécessaire pour démontrer l'inexactitude des réponses apportées aux questions de l'assureur, et qu'une telle preuve peut également ressortir des déclarations de l'assuré retranscrites dans la police d'assurance (1re Civ., 24 novembre 1999, pourvoi no 97-19.022 ; 2e Civ., 16 décembre 2010, pourvoi no 10-10.859, *Bull.* 2010, II, no 208, dans le cas d'un questionnaire téléphonique). La deuxième chambre civile a maintenu cette position dans un arrêt du 12 avril 2012 (2e Civ., 12 avril 2012, pourvoi no 11-30.075) rendu dans une espèce où, en l'absence de tout questionnaire écrit, la déclaration mensongère de l'assuré concernant son absence de condamnation pour conduite en état d'ivresse ressortait des mentions des conditions particulières, dont l'intéressé avait reconnu qu'elles avaient été établies conformément aux réponses aux questions posées par l'assureur lors de la souscription du contrat. La deuxième chambre approuve les juges du fond d'avoir retenu l'existence d'une fausse déclaration intentionnelle en précisant qu'il résultait de leurs constatations et énonciations que la teneur des questions précises posées par l'assureur s'induisait des réponses écrites formulées par l'assuré. Cette solution peut se recommander des termes mêmes de l'article L. 113-2 du code des assurances qui impose à l'assuré de répondre aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration des risques, l'emploi de l'adverbe « notamment » semblant indiquer que les questions de l'assureur peuvent être présentées par écrit ou verbalement. Par ailleurs si l'article L. 112-3, alinéa 4, du code des assurances se réfère à un questionnaire écrit, il n'en impose pas l'établissement. De son côté, la chambre criminelle a adopté une position sensiblement différente et fait de la production d'un questionnaire l'élément de preuve central et incontournable de la démonstration de la fausse déclaration intentionnelle de l'assuré. Dans un arrêt du 18 septembre 2007 (pourvoi no 06-84.807), elle a approuvé une cour d'appel qui avait rejeté l'exception de nullité du contrat en énonçant que « faute de produire un questionnaire sur les circonstances de nature à faire apprécier l'objet du risque pris en charge […] l'assureur, […], n'apporte pas la preuve d'une fausse déclaration intentionnelle faite de mauvaise foi par l'assuré ». Dans un arrêt plus récent, elle précise que l'assureur ne peut se prévaloir des conditions particulières, contiendraient-elles, sous une rubrique intitulée « déclaration », des dispositions présentées, sous une forme impersonnelle, comme se rapportant

à des renseignements prétendument communiqués par l'assuré et énonce que « ce formalisme [celui prévu à l'article L. 112-3, alinéa 4, du code des assurances] implique, quelle que soit la technique de commercialisation employée, que les questions que l'assureur entend, au regard des éléments qui lui ont été communiqués, devoir poser par écrit, notamment par formulaire, interviennent dans la phase précontractuelle, ce qu'il doit prouver, en les produisant avec les réponses qui y ont été apportées, pour pouvoir établir que l'assuré a été mis en mesure d'y répondre en connaissant leur contenu » (Crim., 10 janvier 2012, pourvoi n° 11-81.647, *Bull. crim.* 2012, n° 3). Cette jurisprudence va dans le sens d'une protection accrue de l'assuré en le préservant, notamment, du risque d'insertion dans la police d'assurance de déclarations préimprimées qui ne correspondraient pas à des questions réellement posées et auxquelles l'assuré serait invité à adhérer *a posteriori* en signant le contrat. On voit ici que le débat sur la place du formulaire écrit dans l'établissement de la fausse déclaration intentionnelle est loin d'être clos, certains auteurs appelant de leurs vœux la réunion d'une chambre mixte (H. Groutel, « Modalités de la déclaration du risque : à quand une chambre mixte ? », *Resp. civ. et assur.* n° 6, juin 2012, repère 6).

Chapitre 5 – En droit des biens

L'application du principe de liberté de la preuve doit être précisée s'agissant de la titularité d'un droit réel (section 1) et de l'évaluation de la valeur d'un immeuble lors d'une expropriation (section 2).

Section 1 – Titularité d'un droit réel

Il sera traité de la propriété (§ 1), et de la servitude (§ 2)

§ 1. Preuve du droit de propriété

Il y a comme un paradoxe apparent à admettre que le droit de propriété immobilière, soit le plus important des droits réels, puisse être librement prouvé.

Ce droit ne paraît, en effet, devoir être constaté, dans notre société moderne, que par un acte authentique, soumis à publication par application du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière.

Il est pourtant établi de très longue date que le droit de propriété, invoqué à l'appui d'une action en revendication ou à l'encontre d'une telle action, peut être prouvé par tous moyens.

Ce principe de liberté n'est pas expressément énoncé par la loi. Des auteurs d'expliquer que « cette lacune du code ne doit pas étonner. Ses dispositions n'envisagent jamais la preuve directe des droits. Est réglementée seulement la preuve des actes ou des faits juridiques d'où résulte l'existence des droits » (F. Terré, P. Simler, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 8e éd., 2010, n° 532). Cette liberté vient de ce que, pour reprendre la formule des mêmes auteurs, « la propriété présente, en effet, la particularité singulière d'être rebelle à l'administration d'une preuve parfaite et irréfutable » (*ibid.*).

La preuve du droit de propriété par les seuls titres supposerait, de la part d'un prétendu propriétaire, d'être en mesure de démontrer que son auteur bénéficiait lui-même d'un titre translatif, tout comme l'auteur de son auteur… et de remonter ainsi à l'infini dans le passé, soit ce que les anciens juristes appelaient la « preuve diabolique ».

Il faut se souvenir par ailleurs que la propriété d'un immeuble peut légalement être acquise par la voie de la prescription, laquelle n'engendre, par hypothèse, aucun titre constaté par un acte.

La jurisprudence rappelle donc régulièrement que la preuve du droit de propriété est libre (voir, par exemple, 3e Civ., 20 juillet 1988, pourvoi no 87-10.998, *Bull.* 1988, III, no 136 : « Mais attendu que les modes de preuve de la propriété immobilière étant libres, la cour d'appel, devant laquelle aucun titre commun n'était invoqué, n'a violé aucun texte dès lors que la preuve d'un arrangement entre le demandeur initial et ses co-indivisaires, pour lui reconnaître la propriété exclusive du bien comprenant le canal, pouvait être faite par la production d'attestations »). Il est en conséquence jugé qu'une action en revendication peut valablement être étayée par des preuves autres qu'un titre (par exemple, des attestations : 3e Civ., 20 juillet 1988 précité) mais aussi que le titre pouvait céder devant d'autres modes de preuve telles, par exemple, les mentions du cadastre (voir, notamment, 3e Civ., 19 janvier 2010, pourvoi no 08-18.093).

La Cour de cassation reconnaît d'ailleurs au juge du fond le pouvoir d'apprécier souverainement les différentes preuves produites devant lui pour retenir, tout aussi souverainement « les présomptions de propriété les meilleures et les plus caractérisées » (voir, parmi de très nombreux exemples, 3e Civ., 12 juin 2012, pourvoi no 11-13.103).

Il en va *a fortiori* de même des preuves administrées en vue de démontrer les différents éléments d'une prescription acquisitive (voir, par exemple, 3e Civ., 13 septembre 2011, pourvoi no 10-20.524 : « Attendu qu'ayant relevé que les seuls moyens de preuve produits par les consorts X… pour justifier leurs prétentions étaient des attestations et retenu, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que celles-ci n'établissaient pas une possession trentenaire non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaires sur la parcelle dont ils revendiquaient l'acquisition par prescription, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision »).

§ 2. Preuve d'une servitude

La preuve d'une servitude est davantage encadrée que celle de la propriété.

Les servitudes autres que les servitudes dites « légales » peuvent être acquises soit par titre, soit par l'effet d'une prescription (par application combinée des articles 690 et 691 du code civil). Il en résulte que si celui qui invoque l'existence d'une servitude prétendument créée par voie de prescription peut la démontrer par tous moyens, celui qui excipe d'une servitude conventionnelle doit prouver l'existence d'un titre en ce sens ou, le cas échéant, prouver contre les énonciations d'un titre comme généralement prescrit par l'article 1341 du code civil (voir, par exemple, 3e Civ., 31 janvier 2012, pourvoi no 11-10.936 : « Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si le titre du fonds servant comportant cette mention ne pouvait constituer un commencement de preuve par écrit et être complété par des éléments extérieurs établissant la preuve de l'existence de la servitude, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés »).

S'agissant de la preuve par titre, la loi prévoit indirectement un assouplissement notable du régime de preuve en admettant que « le titre constitutif de servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre recognitif de la servitude émané du propriétaire du fonds asservi » (article 695 du code civil).

L'auteur d'une action confessoire doit donc, pour triompher, être en mesure de prouver soit l'existence du titre constitutif de la servitude, soit celle d'un titre recognitif conforme aux prévisions de l'article 695 du code civil.

Dans le silence de la loi, il est revenu à la jurisprudence de préciser quelles devaient être les énonciations d'un titre recognitif.

Par un arrêt rendu en chambres réunies, la troisième chambre civile a ainsi jugé que pour répondre à la qualification de titre recognitif au sens du droit des servitudes, un titre devait faire expressément référence au titre constitutif (3e Civ., 12 avril 2012, pourvoi no 10-28.015, *Bull.* 2012, III, no 59 : « Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que le titre invoqué par les époux Y… était un titre recognitif qui ne faisait pas référence au titre constitutif de la servitude, la cour d'appel a violé le texte susvisé [article 695 du code civil] »).

Cette décision, qui restreint certes quelque peu la possibilité de prouver l'existence d'une servitude, apporte néanmoins aux propriétaires de fonds une certaine sécurité pour éviter qu'ils ne soient exposés trop facilement aux revendications de ceux qui se prétendent titulaires d'une servitude sur leur fonds. Il ne faut pas oublier que si la liberté de preuve est généralement une facilité procurée aux plaideurs pour démontrer l'existence de leur droit, elle peut aussi créer marginalement une certaine insécurité juridique.

Il est à noter, pour en rester dans les domaines de la servitude et de la preuve, que la troisième chambre civile s'est appuyée, pour apprécier si l'exercice d'une servitude était ou non dommageable au fonds servant (il s'agissait en l'occurrence d'une servitude légale de passage d'une ligne électrique), sur des présomptions « graves, précises, fiables et concordantes » (3e Civ., 18 mai 2011, pourvoi no 10-17645, *Bull.* 2011, III, no 80).

On remarquera au passage que la fiabilité s'est agrégée à la trilogie traditionnelle. Peut-être est-ce là le reflet d'une société dans laquelle la technologie prend une place prépondérante.

Section 2 – Valeur de l'immeuble exproprié

Lorsque l'administration met en œuvre une procédure d'expropriation ou de préemption, il n'est pas rare que le propriétaire concerné se prenne à contester, comme insuffisamment élevés, l'indemnité ou le prix proposés. Il incombe alors au juge de l'expropriation de fixer cette indemnité ou ce prix, lesquels doivent, aux termes de l'article L. 13-13 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, « couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation ». Il convient de préciser que la réglementation du droit de préemption urbain renvoie, en cas d'action en révision du prix, aux dispositions de ce code pour ce qui concerne la détermination de la valeur de l'immeuble (article L. 213-4 du code de l'urbanisme). Le propriétaire s'efforce alors, ce qui est logique dans la mesure où il doit être regardé comme demandeur

à la réévaluation de l'indemnité ou du prix, de démontrer par tous moyens que la valeur de son immeuble est, en réalité, supérieure à l'offre de la collectivité publique, preuves souverainement appréciées par le juge du fond (voir, par exemple, 3e Civ., 11 mai 2011, pourvoi no 09-17.138, *Bull.* 2011, III, no 73 ; 3e Civ., 9 mai 2012, pourvoi no 11-16.967).

L'article L. 13-17 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique apporte néanmoins une limitation importante à ce principe de liberté des preuves dans un cas particulier. Aux termes de ce texte (alinéa 1) : « Le montant de l'indemnité principale ne peut excéder l'estimation faite par le service des domaines ou celle résultant de l'avis émis par la commission des opérations immobilières, si une mutation à titre gratuit ou onéreux, antérieure de moins de cinq ans à la date de la décision portant transfert de propriété, a donné lieu à une évaluation administrative rendue définitive en vertu des lois fiscales ou à une déclaration d'un montant inférieur à ladite estimation. »

Cette disposition, originellement destinée à lutter contre la fraude fiscale consistant à sous-évaluer un bien au moment de sa mutation (selon le professeur René Hostiou, [note sous l'article L. 13-17, *Code de l'expropriation*, Litec, 2012, p. 142], les dispositions de l'article L. 13-17 « visent à dissuader les propriétaires qui, après avoir sous-estimé leurs biens dans les actes de mutation ou les déclarations devant servir à l'assiette de l'impôt, entendraient surestimer ensuite ces mêmes biens au cas où ceux-ci viendraient à être compris, même à une date rapprochée, dans un projet d'acquisition émanant d'une collectivité publique »), porte une sorte de présomption – irréfragable tel que le texte est rédigé – de valeur profitant en pratique, en période d'augmentation des prix des immeubles (la période de « gel » de cinq ans est relativement longue), à la collectivité.

Le propriétaire se trouve alors dans l'impossibilité de démontrer que depuis la précédente mutation et en dehors de toute fraude, la valeur de son bien a crû.

À l'occasion d'un litige né devant un juge de l'expropriation saisi d'une action en révision de prix d'un bien préempté par une communauté de communes, un propriétaire a formé une question prioritaire de constitutionnalité visant l'article L. 13-17 du code de l'expropriation, en tant qu'il portait atteinte, selon lui, à son droit de propriété. La troisième chambre a transmis au Conseil constitutionnel cette question qu'elle estimait sérieuse (3e Civ., 10 février 2012, QPC no 11-40.096, *Bull.* 2012, III, no 27 : « Que la question posée présente un caractère sérieux en ce qu'il convient d'apprécier si l'article L. 13-17 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, qui prive le bénéficiaire de l'indemnité de la faculté de rapporter la preuve que l'estimation du service des domaines, qui s'impose au juge de l'expropriation, ne correspond pas à la valeur réelle du bien à évaluer, garantit une juste indemnisation »). Le Conseil constitutionnel a répondu à cette question en ces termes : « que, toutefois, les dispositions contestées ne sauraient, sans porter atteinte aux exigences de l'article 17 de la Déclaration de 1789, avoir pour effet de priver l'intéressé de faire la preuve que l'estimation de l'administration ne prend pas correctement en compte l'évolution du marché de l'immobilier ; que, sous cette réserve, elles ne portent pas atteinte à l'exigence selon laquelle nul ne peut être privé de sa propriété que sous la condition d'une juste et préalable indemnité ; qu'elles ne portent pas davantage atteinte à l'indépendance de l'autorité judiciaire et à la séparation des pouvoirs ; » (Cons. const., 20 avril 2012, décision no 2012-236 QPC, Mme Marie-Christine J. [Fixation du montant de l'indemnité principale d'expropriation]).

Dans le commentaire de cette décision sur le site du Conseil, il est écrit que « cette réserve permet au juge de l'expropriation, lorsqu'il fixe l'indemnité principale d'expropriation et dans l'hypothèse où l'estimation du service des domaines serait sans rapport avec l'évolution du marché de l'immobilier, de prendre en compte cette évolution alléguée par l'intéressé ».

Grâce à cette réserve d'interprétation, le juge pourra en effet retenir désormais la preuve de ce que le bien objet de la préemption ou de l'expropriation a pris de la valeur depuis la précédente mutation. La question prioritaire de constitutionnalité contribue donc aussi à enrichir le droit de la preuve.

Chapitre 6 – En droit du statut du fermage

La liberté de la preuve doit être appréciée lorsqu'est en cause l'existence d'une convention soumise au statut (section 1) ou lorsqu'est allégué un manquement du preneur (section 2).

Section 1 – Preuve de l'existence d'une convention soumise au statut

Les conventions soumises au statut du fermage ne se résument pas aux seuls baux ruraux strictement entendus. De par la loi, le champ d'application de ce statut s'étend en effet à « toute mise à disposition à titre onéreux d'un immeuble à usage agricole en vue de l'exploiter pour y exercer une activité agricole définie à l'article L. 311-1 [soit la définition légale de l'activité agricole] » (article L. 411-1, alinéa 1er, du code rural et de la pêche maritime). Il est expressément, comme le statut lui-même, d'« ordre public » (article L. 411-1, alinéa 1er, *in fine*, du code rural et de la pêche maritime).

Le législateur a cherché, par cette formulation extensive et plutôt complexe, à lutter contre la fraude organisée par des contractants qui, désireux d'échapper à ce statut très contraignant, s'ingéniaient, tant que le statut du fermage ne s'appliquait qu'aux seuls baux ruraux (soit entre l'entrée en vigueur du statut, en 1945, et la loi no 84-741 du 1er août 1984 portant redéfinition de son champ d'application), à conclure des conventions qui ne pouvaient, pour une raison ou une autre, être qualifiées de telles.

Le dernier alinéa de l'article L. 411-1 du code rural et de la pêche maritime précise enfin que : « La preuve de l'existence des contrats visés dans le présent article peut être apportée par tous moyens. » Cette liberté de preuve, qui déroge, s'agissant de conventions synallagmatiques excédant très souvent – et parfois très largement – 1 500 euros, aux dispositions de l'article 1341 du code civil, peut *a priori* étonner. Elle est néanmoins absolument nécessaire pour donner au champ d'application du statut du fermage toute sa portée, sachant que, dans le secteur agricole, il est de pratique ancienne et encore très vivace de contracter verbalement. Cette validité de principe des baux ruraux verbaux ressort d'ailleurs clairement des dispositions de l'article L. 411-4 du code rural et de la pêche maritime.

Il est à constater que nombreux sont encore ceux qui, exploitant le sol d'autrui en vertu d'une convention verbale ou écrite, demandent que cette convention soit soumise au statut du fermage comme entrant dans son champ d'application.

Leur démarche est évidemment facilitée par le régime de liberté de preuve décrit plus haut.

L'analyse de la jurisprudence met en évidence que ces demandeurs à la (re)qualification ne doivent pas tant, en pratique, prouver l'existence du « contrat » décrit à l'article L. 411-1 du code rural et de la pêche maritime lui-même, que tel ou tel de ses éléments constitutifs. Par hypothèse, en effet, sauf à être un occupant sans droit ni titre, celui qui met en valeur le fonds d'autrui peut toujours se prévaloir d'un « contrat ».

Il s'agit donc pour eux de démontrer que la convention en question répond, pour chacun de ses éléments, à la définition légale.

Ils devront par conséquent, pour triompher du propriétaire de la terre litigieuse rejetant l'application du statut du fermage, être en mesure, si l'on reprend les termes de cette définition, de prouver que cette terre est un bien agricole et qu'ils y exercent, moyennant contrepartie, une activité agricole.

La loi permettant à ces exploitants de prouver librement le contrat, il faut en déduire que la preuve de chacun des éléments constitutifs de ce contrat peut également – et *a fortiori* – être librement administrée. « Qui peut le plus peut le moins. »

C'est ordinairement le caractère onéreux de la convention litigieuse, conclue en apparence à titre gratuit, qui fait débat devant le tribunal paritaire des baux ruraux.

La non-application des dispositions de l'article 1341 du code civil a conduit la Cour de cassation à approuver le juge du fond d'avoir retenu que l'exploitant puisse exciper de simples témoignages pour démontrer qu'il payait au propriétaire des sommes et, conséquemment, que la mise à disposition des terres avait été conclue à titre onéreux (3e Civ., 10 janvier 1996, pourvoi no 94-12.572 : « Mais attendu qu'ayant souverainement retenu que M. Paul Y…, qui avait, depuis 1971, autorisé verbalement M. Marcel X… à faire paître son troupeau sur les herbages moyennant le paiement d'un fermage en espèces et la fourniture de divers travaux, avait écarté des offres d'achat des parcelles au motif que celles-ci avaient été données à bail à M. Marcel X…, la cour d'appel, qui a relevé que des témoins avaient assisté à plusieurs règlements par celui-ci des loyers annuels, a, par motifs propres et adoptés, légalement justifié sa décision »).

Le caractère gratuit ou onéreux d'une convention est laissé à l'appréciation souveraine du juge du fond (voir, par exemple, 3e Civ., 14 janvier 2004, pourvoi no 02-12.663, *Bull.* 2004, III, no 6 : « Mais attendu qu'ayant relevé que la convention conclue le 29 août 1997 mettait à la charge de l'EARL de la Tour d'Aling "toutes les charges afférentes à l'exploitation du bien, notamment la taxe foncière", la cour d'appel, qui a souverainement déduit le caractère onéreux de la convention a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision »). Mais le juge du fond ne saurait, en se livrant à un examen du caractère onéreux ou gratuit de la convention, ajouter une condition aux éléments constitutifs de la convention soumise au statut du fermage prévus par la loi. À ainsi été récemment cassé un arrêt par lequel une cour d'appel avait conclu à ce qu'une convention échappait au statut du fermage pour le motif que la contrepartie versée par l'exploitant au propriétaire de la terre n'était pas régulière (3e Civ., 7 mars 2012, pourvoi no 11-14.630,

Bull. 2012, III, n° 40 : « Attendu que pour rejeter cette demande, l'arrêt retient que l'attestation selon laquelle "monsieur Romain Y… a remis à madame Ghislaine X… épouse Z… la première année une enveloppe contenant de l'argent liquide" et lui a par ailleurs fourni du foin, de la viande et des légumes ne permet pas de retenir le versement régulier de sommes à titre de fermages ; Qu'en statuant ainsi, alors que le caractère onéreux d'une mise à disposition ne dépend pas du caractère régulier du versement de la contrepartie, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; »).

Le demandeur à l'application du statut du fermage peut tout aussi librement prouver – et le juge du fond souverainement apprécier – la commune intention de conclure une convention (voir, par exemple, 3e Civ., 16 juin 1993, pourvoi n° 91-15.711), l'affectation agricole du bien mis à disposition (3e Civ., 17 février 1993, pourvoi n° 91-11.828) et, comme jugé récemment, son exploitation du bien litigieux (3e Civ., 25 novembre 2011, pourvoi n° 10-24.463).

Mais, cette liberté de preuve ne signifie évidemment pas que les demandeurs à l'application du statut, si large son champ d'application soit-il, doivent toujours triompher de la résistance du propriétaire. Une « ambiance » de bail rural ne vaut pas à elle seule preuve de l'existence de cette convention dans tous ses éléments constitutifs (voir, pour une illustration récente, 3e Civ., 22 novembre 2011, pourvoi n° 10-25.307 : « Attendu qu'ayant souverainement retenu que la mention dans le rapport de l'expert judiciaire : "location par bail verbal" ne valait pas preuve de l'existence de ces baux, que le décompte des fermages et loyers des successions X… établi par le notaire ne signifiait pas que ce dernier attestait de la réalité des baux verbaux, que M. Serge X… était incapable de rapporter la preuve du paiement de loyers avant le décès de ses parents et que le paiement par M. Serge X… de la taxe d'habitation et la souscription par lui d'une assurance pour les bâtiments litigieux, sans la preuve du paiement d'un loyer, établissaient seulement que ses parents les avaient mis gratuitement à sa disposition, la cour d'appel a pu en déduire, que ni la preuve d'un bail rural portant sur le hangar et ses dépendances, ni celle d'un bail portant sur la maison d'habitation, n'étaient rapportées »).

Section 2 – Preuve d'un manquement du preneur

De par la loi, le preneur à bail rural doit notamment, en application de l'article 1766 du code civil auquel renvoie l'article L. 411-27 du code rural et de la pêche maritime, exploiter les biens loués « en bon père de famille ».

Toutefois, le locataire manquant à cette obligation ne s'expose pas nécessairement à la résiliation du bail à ses torts.

Le statut du fermage organise en effet un système de résiliation du bail pour faute très favorable au preneur, visant à empêcher que le bailleur ne prenne prétexte du moindre manquement de son cocontractant pour le priver d'un titre qui, bien souvent, est indispensable à l'exercice de l'activité professionnelle de ce dernier, laquelle est elle-même profitable à l'agriculture.

Ce dispositif consiste à n'ouvrir la voie de la résiliation pour faute au bailleur que dans les cas limitativement – et impérativement – prévus par la loi. Tel est l'objet de l'article L. 411-31 du code rural et de la pêche maritime qui regroupe tous les manquements du locataire susceptibles d'être sanctionnés par la résiliation du bail.

Parmi les différents manquements, relativement nombreux et fort variés, il s'en trouve un plus général et qui nourrit la plupart des actions en résiliation : « les agissements du preneur de nature à compromettre la bonne exploitation du fonds » (article L. 411-31, I, 2°).

La doctrine déduit de cette formule plutôt complexe que le prononcé de la résiliation du bail rural suppose, cumulativement, que le preneur ait commis des actes fautifs au regard du droit de la location (notamment ceux envisagés par l'article 1766 du code civil déjà évoqué) et que ces actes aient pour conséquence de préjudicier gravement à l'exploitation du fonds loué (voir, sur cette question, Ch. Dupeyron, J.-P. Théron, J.-J. Barbieri, *Droit agraire*, *1er volume*, *Droit de l'exploitation*, Economica, 2e éd., 1994, n° 355 ; J.-P. Moreau, *Les Baux ruraux*, Litec, 1979, n° 205).

La Cour de cassation retient une lecture identique de cette disposition, qui casse pour défaut de base légale la décision par laquelle le juge d'appel accueille une demande de résiliation, sans caractériser que les manquements commis par le locataire ont été tels qu'ils ont préjudicié à la bonne mise en valeur du fonds (voir, par exemple, 3e Civ., 17 juillet 1996, pourvoi n° 94-18.779, *Bull.* 1996, III, n° 190 : « Attendu que, pour accueillir cette demande, l'arrêt retient que M. X… a supprimé un chemin d'exploitation, ensemencé en blé la totalité de la parcelle louée, creusé un trou et procédé, sans autorisation, au retournement d'une prairie en terre de labour, ce qui constitue une contravention aux clauses du bail ; Qu'en statuant ainsi, sans préciser si ces manquements avaient été de nature à compromettre la bonne exploitation du fonds, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »). Il incombe logiquement au bailleur, demandeur à la résiliation, de prouver que les conditions de succès de son action sont remplies (voir, par exemple, 3e Civ., 1er juin 1999, pourvoi n° 97-21.713). Il est reconnu au juge du fond le pouvoir d'apprécier souverainement à la fois l'existence d'agissements fautifs de la part du preneur et si ces agissements sont de nature à préjudicier au bien loué (voir, par exemple, 3e Civ., 8 novembre 2011, pourvoi n° 10-26.655 ; 3e Civ., 16 décembre 1997, pourvoi n° 95-17.084).

Il ressort de certaines des nombreuses décisions prononcées dans ce cadre que cette double preuve peut être administrée par tous moyens. En pratique, elle repose sur des témoignages, des expertises (amiables ou judiciaires) et autres constats. Un récent arrêt de la troisième chambre civile illustre cette liberté (3e Civ., 4 janvier 2012, pourvoi n° 11-11.451 : « Et attendu, d'autre part, qu'ayant relevé que les terres cultivables n'étaient ni exploitées, ni semées, parfois depuis plusieurs années, que des pneus s'y trouvaient entreposés, que la présence de joncs démontrait l'existence de zones non drainées par défaut d'entretien des rigoles et celle d'orties et de chardons, et l'absence d'entretien des terrains, et retenu, par une appréciation souveraine des preuves qui lui étaient soumises, que ces éléments suffisaient à établir que M. X… n'exploitait pas les terrains en bon père de famille et n'assurait pas une bonne exploitation des fonds loués, la cour d'appel, qui s'est livrée à l'examen du rapport établi par le sachant sollicité par M. X…, a légalement justifié sa décision »).

Mais, il sera vu plus loin que le principe de liberté qui gouverne, pour le bailleur, la preuve des manquements de son cocontractant n'est pas sans limites (voir partie 4, titre 2, chap. 2, section 2, § 1, A, 1, b, α).

Chapitre 7 – En droit des procédures collectives

Sera traité ici du pouvoir de déclarer une créance détenue sur un débiteur en procédure collective.

Comme auparavant l'article 50 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises modifiée, devenu l'article L. 621-43 ancien du code de commerce, l'article L. 622-24 du code de commerce, applicable aux procédures collectives ouvertes à compter du 1er janvier 2006, prévoit que « la déclaration des créances peut être faite par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix ».

Selon une jurisprudence constante, régulièrement réaffirmée, « la déclaration des créances équivaut à une demande en justice » (voir, par exemple, Com., 14 décembre 1993, [deux arrêts], pourvois n° 93-12.544 et n° 93-11.690, *Bull.* 1993, IV, n° 471 ; Ass. plén., 26 janvier 2001, pourvoi n° 99-15.153, *Bull.* 2001, Ass. plén., n° 1 ; Ass. plén., 4 février 2011, pourvoi n° 09-14.619, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 2). C'est pourquoi la déclaration de créance faite par un tiers est soumise aux règles du mandat *ad litem* dans une procédure sans représentation obligatoire : le mandataire du créancier doit être muni d'un pouvoir écrit et spécial, sauf s'il est avocat ou titulaire d'une habilitation légale (voir, par exemple, Com., 12 juin 2001, pourvoi n° 98-17.961, *Bull.* 2001, IV, n° 116, concernant le comptable de la commune et Ass. plén., 26 mars 2010, pourvoi n° 09-12.843, *Bull.* 2010, Ass. plén., n° 2, relatif aux caisses de mutualité sociale agricole). Il en va différemment de la déclaration faite par un préposé, qui n'agit pas pour le compte d'autrui mais en vertu d'une habilitation relevant du fonctionnement interne de la personne morale créancière. Celui-ci, pour déclarer valablement la créance, doit donc disposer d'une délégation de pouvoirs lui permettant d'accomplir un tel acte, sans que ce pouvoir soit soumis aux règles applicables au mandat de représentation en justice dont un tiers peut être investi (Com., 14 février 1995, pourvois n° 93-12.064, n° 93-12.346, n° 93-12.398 et n° 93-12.408, [quatre arrêts], *Bull.* 1995, IV, n° 43), notamment à l'exigence de spécialité (Com., 17 décembre 1996, pourvoi n° 94-19.489, *Bull.* 1996, IV, n° 313).

La preuve du pouvoir de déclarer s'administre différemment selon que le déclarant est un préposé du créancier ou un tiers mandaté par celui-ci, puisqu'il s'agit, dans le premier cas, de justifier d'une délégation de pouvoirs et, dans le second, d'un mandat *ad litem*.

Si la preuve de la délégation de pouvoirs consentie au préposé au jour de la déclaration ne peut ni être déduite des fonctions occupées par le déclarant (Com., 28 mai 1996, pourvoi n° 94-13.304, *Bull.* 1996, IV, n° 148), ni résulter des conclusions de la personne morale créancière (Com., 26 octobre 1999, pourvoi n° 97-13.041), elle peut être rapportée, jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission de la créance, par la production de tout document établissant cette délégation, peu important l'absence de date certaine (Com., 14 décembre 1993, [deux arrêts], pourvois n° 93-12.544 et n° 93-11.690, *Bull.* 1993, IV, n° 471 ; Com., 14 février 1995, [quatre arrêts], pourvois n° 93-12.064, n° 93-12.346, n° 93-12.398 et n° 93-12.408, *Bull.* 1995, IV, n° 43 ; Com., 27 octobre 1998, pourvoi n° 95-10.272), et n'est pas soumise aux dispositions de l'article 1334 du code civil (Com., 4 octobre 2005, pourvoi n° 04-16.791, *Bull.* 2005, IV, n° 201).

Elle peut notamment résulter d'une attestation, même établie après l'expiration du délai de déclaration de la créance (voir, par exemple, Com., 17 décembre 1996,

pourvoi n° 94-19.489, *Bull.* 1996, IV, n° 313 ; Com., 13 novembre 2001, pourvoi n° 99-13.664 ; Com., 15 mars 2005, pourvoi n° 03-20.675 ; Com., 15 décembre 2009, pourvoi n° 08-14.949, *Bull.* 2009, IV, n° 164 ; Com., 31 mai 2011, pourvoi n° 10-21.205), y compris pour démontrer que la délégation de pouvoirs préexistait à la déclaration (Com., 28 mai 1996, pourvoi n° 94-13.304, *Bull.* 1996, IV, n° 148 ; Com., 29 février 2000, pourvoi n° 97-14.449). Mais encore faut-il que l'attestation émane du représentant légal de la personne morale ou d'un titulaire du pouvoir de déclarer les créances ayant une faculté de subdélégation (Com., 26 mai 1999, pourvoi n° 95-22.046, *Bull.* 1999, IV, n° 107 ; Com., 10 mai 2005, pourvoi n° 04-12.214, *Bull.* 2005, IV, n° 97 ; Com., 21 septembre 2010, pourvoi n° 09-16.118) ou encore de celui qui exerçait les fonctions d'organe habilité par la loi à représenter la personne morale créancière à la date de la déclaration (Com., 8 novembre 2011, pourvoi n° 10-23.336, *Bull.* 2011, IV, n° 183). Le contenu de cette attestation est apprécié souverainement par les juges du fond (Com., 8 janvier 2008, pourvoi n° 06-17.247) lesquels, le cas échéant, doivent préciser en quoi celle-ci n'est pas de nature à prouver l'existence de la délégation de pouvoirs à la date de la déclaration de la créance (Com., 31 mai 2011, pourvoi n° 10-21.205).

Lorsque la contestation porte sur l'identité du préposé auteur de la déclaration, la preuve de celle-ci, qui incombe au créancier, peut également être rapportée, même en l'absence de signature de la déclaration de créance, par tous moyens, jusqu'au jour où le juge statue (Com., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-17.008, *Bull.* 2006, IV, n° 226 ; Com., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-19.298, *Bull.* 2006, IV, n° 227). Elle ne saurait cependant résulter des propres conclusions du créancier (Com., 29 avril 2002, pourvoi n° 99-16.247, *Bull.* 2002, IV, n° 73).

La preuve du mandat spécial donné à un tiers n'est, au contraire, pas libre : elle ne peut être administrée que par la production du pouvoir lui-même et l'absence d'une telle production ne peut être suppléée par la recherche d'éléments de preuve d'un mandat tirés des circonstances de la cause (Com., 30 mars 1999, pourvoi n° 96-15.144, *Bull.* 1999, IV, n° 75 ; Ass. plén., 26 janvier 2001, pourvoi n° 99-15.153, *Bull.* 2001, Ass. plén., n° 1) mais il n'est pas requis que le pouvoir ait date certaine (Com., 17 juin 1997, pourvoi n° 95-11.957, *Bull.* 1997, IV, n° 190). Jusqu'à un arrêt de l'assemblée plénière du 4 février 2011, il était exigé que le pouvoir spécial donné par écrit soit produit lors de la déclaration de créance ou dans le délai légal de cette déclaration (voir, par exemple, Com., 19 novembre 1996, pourvoi n° 94-19.842, *Bull.* 1996, IV, n° 277 ; Com., 16 octobre 2001, pourvoi n° 98-19.316, *Bull.* 2001, IV, n° 168 ; Com., 3 octobre 2006, pourvoi n° 04-11.024). Désormais, il peut être justifié de ce pouvoir jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission des créances (Ass. plén., 4 février 2011, pourvoi n° 09-14.619, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 2). Cette solution rejoint celle retenue par certains arrêts de la deuxième chambre civile (2e Civ., 17 avril 2008, pourvoi n° 07-11.333, *Bull.* 2008, II, n° 85 ; 2e Civ., 15 mai 2008, pourvoi n° 07-11.334) et de la chambre sociale (Soc., 31 mars 2009, pourvoi n° 08-60.517, *Bull.* 2009, V, n° 100), qui avaient déjà admis la possibilité de justifier d'un pouvoir régulier après l'expiration du délai pour agir.

Chapitre 8 – En droit du travail

En principe libre en matière prud'homale (section 1), la preuve appelle en droit social des précisions en matière de protection des témoins de faits de harcèlement (section 2), s'agissant de la recevabilité de l'aveu (section 3) et en matière notamment de contrat de travail (section 4).

Section 1 – Recevabilité des attestations, témoignages, présomptions

« En matière prud'homale, la preuve est libre. »

Ce principe, posé par un arrêt de la chambre sociale du 27 mars 2001 (pourvoi n° 98-44.666, *Bull.* 2001, V, n° 108), a permis à la Cour, dans cette affaire, d'en déduire que rien ne s'opposait à ce que le juge prud'homal retienne une attestation établie par le conseiller du salarié qui l'avait assisté pendant l'entretien préalable au licenciement et en apprécie souverainement la valeur et la portée.

De nombreux arrêts admettent la recevabilité comme mode de preuve des attestations, qu'il s'agisse d'attestations produites par le salarié ou par l'employeur (Soc., 31 mai 2006, pourvoi n° 05-43.197, *Bull.* 2006, V, n° 199 ; Soc., 5 mai 2010, pourvoi n° 09-40.737, *Bull.* 2010, V, n° 103).

Conformément à la jurisprudence applicable en d'autres matières, lorsqu'une attestation n'est pas établie conformément à l'article 202 du code de procédure civile, « il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement si une telle attestation présente ou non des garanties suffisantes pour emporter leur conviction » (Soc., 3 octobre 2001, pourvoi n° 99-43.472).

Il a été également jugé que la circonstance qu'un salarié, agissant comme représentant de l'employeur, procède au licenciement d'un autre salarié, n'est pas de nature à le priver de la liberté de témoigner en justice en faveur de la personne dont le contrat de travail a été rompu (Soc., 4 avril 2006, pourvoi n° 04-44.549, *Bull.* 2006, V, n° 135).

Sur le témoignage cependant, la chambre sociale a dit que nul ne pouvant se constituer une preuve à lui-même, viole l'article 1315 du code civil l'arrêt qui énonce que la preuve de la notification au salarié de la rupture de son contrat à durée déterminée avant l'expiration de la période d'essai résulte d'une attestation de la directrice générale de la société, en sorte que le seul élément de preuve retenu émanait d'un représentant légal de la société (Soc., 11 mai 1999, pourvoi n° 97-41.245, *Bull.* 1999, V, n° 209).

La preuve par indices ou présomptions est également admise dans divers contentieux du droit du travail (Soc., 23 juin 1971, pourvoi n° 70-40.538, *Bull.* 1971, V, n° 467 ; Soc., 17 mai 1995, pourvoi n° 92-41.104 ; Soc., 12 janvier 2010, pourvoi n° 08-44.321, *Bull.* 2010, V, n° 3).

Section 2 – Protection des témoins en matière de harcèlement

L'article L. 1152-2 s'agissant du harcèlement moral et l'article L. 1153-3 du code du travail s'agissant du harcèlement sexuel instaurent tous les deux une protection

particulière des salariés qui ont témoigné d'agissements de harcèlement ou qui les ont relatés. Aucune sanction ou mesure discriminatoire, aucun licenciement n'est possible à l'encontre d'un salarié qui a témoigné d'agissements de harcèlement ou qui les a relatés. L'article L. 1153-4 sanctionne toute disposition ou tout acte contraire par leur nullité.

La chambre sociale a fait application de ces dispositions à l'occasion de litiges relatifs à un harcèlement moral. Elle a toutefois apporté un tempérament à l'application de ces textes, en réservant le cas de la mauvaise foi du salarié.

Par un arrêt du 10 mars 2009 (pourvoi n° 07-44.092, *Bull.* 2009, V, n° 66), la chambre sociale a énoncé, après avoir relevé le moyen d'office, qu'il se déduisait des articles précités que le salarié qui relate des faits de harcèlement moral ne peut être licencié pour ce motif, sauf mauvaise foi, laquelle ne peut résulter de la seule circonstance que les faits énoncés ne sont pas établis.

Puis, approfondissant sa jurisprudence, la chambre a précisé ce qui, selon elle, permettait de caractériser la mauvaise foi du salarié. Elle a ainsi jugé, censurant un arrêt qui avait retenu la mauvaise foi d'un salarié ayant dénoncé des faits de harcèlement moral, que « la mauvaise foi […] ne peut résulter que de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce » (Soc., 7 février 2012, pourvoi n° 10-18.035, *Bull.* 2012, V, n° 55). En revanche, elle a confirmé un arrêt qui avait retenu la mauvaise foi d'une salariée licenciée pour faute grave en relevant que « la salariée avait dénoncé de façon mensongère des faits inexistants de harcèlement moral dans le but de déstabiliser l'entreprise et de se débarrasser du cadre responsable du département comptable » (Soc., 6 juin 2012, pourvoi n° 10-28.345, *Bull.* 2012, V, n° 172).

Ainsi, si la protection dont bénéficie le salarié qui dénonce des faits de harcèlement est particulièrement efficace, elle ne saurait, selon la jurisprudence de la chambre sociale, autoriser le salarié à s'en prévaloir dans l'intention de nuire à tel ou tel salarié de l'entreprise ou, plus généralement, au bon fonctionnement de ladite entreprise.

Section 3 – Recevabilité de l'aveu

L'aveu fait aussi partie des modes de preuve invoqués en droit du travail.

Il résulte à cet égard de la jurisprudence de la chambre sociale :
– que, conformément à ce qui est jugé en d'autres domaines, la déclaration d'une partie ne peut être retenue contre elle comme constituant un aveu que si elle porte sur des points de fait, et non sur des points de droit (Soc., 23 septembre 2009, pourvoi n° 07-40.844, *Bull.* 2009, V, n° 188) ;
– que l'aveu doit être non équivoque (Soc., 8 octobre 2003, pourvoi n° 01-43.951, *Bull.* 2003, V, n° 255 : la seule circonstance qu'un salarié, qui avait exercé une action en résiliation du contrat de travail, ait demandé au bureau de conciliation d'ordonner la délivrance d'une lettre de licenciement et d'un certificat de travail ne peut constituer l'aveu non équivoque d'une rupture antérieure du contrat) ;
– qu'en revanche, lorsqu'il remplit ces conditions, l'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait (Soc., 6 mai 1982, pourvoi n° 80-40798, *Bull.* 1982, V, n° 284 : aveu par le salarié du caractère mensonger d'un rapport d'activité ; Soc., 7 janvier 1988, pourvoi n° 85-42.819, *Bull.* 1988, V, n° 18 : aveu par l'employeur du non-paiement du salaire) ;

– que l'employeur est tenu d'énoncer le ou les motifs du licenciement dans la lettre de notification de ce licenciement, peu important l'aveu par le salarié, avant la lettre de rupture, de la réalité des fautes motivant la rupture des relations salariales (Soc., 19 mars 1998, pourvoi n° 96-40.391, *Bull.* 1998, V, n° 161) ;
– au point de vue procédural, qu'à défaut de production de la note d'audience contenant les déclarations précises du salarié devant le bureau de jugement, celles que lui attribue le jugement ne sauraient valoir aveu judiciaire, au sens de l'article 1356 du code civil (Soc., 22 mars 2011, pourvoi n° 09-72323, *Bull.* 2011, V, n° 77) ;
– que, selon l'article 417 du code de procédure civile, la personne investie d'un mandat de représentation en justice est réputée à l'égard du juge avoir reçu pouvoir spécial de faire, accepter ou donner des offres, un aveu ou un consentement et que, par suite, le tribunal qui relève qu'à l'audience le représentant des débiteurs a décidé que ceux-ci ne refusaient pas de payer leur dette n'a pas à vérifier s'ils ont personnellement et de façon non équivoque renoncé à leur droit de critiquer la démarche faite à leur encontre (Soc., 23 mai 1996, pourvoi n° 94-16949, *Bull.* 1996, V, n° 209).

Section 4 – Observations complémentaires

À l'évidence, les preuves peuvent aussi résulter d'écrits produits par les parties, qu'il s'agisse d'écrits « traditionnels », ou d'autres formes contemporaines de correspondance telles que notamment les courriels ou les messages téléphoniquement adressés dits « SMS » (Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-43.209, *Bull.* 2007, V, n° 85 ; Soc., 22 mars 2011, pourvoi n° 09-43.307).

Dans toutes les hypothèses ci-dessus analysées, l'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve produits relève du pouvoir souverain des juges du fond.

Dans le droit commun des litiges prud'homaux, si les éléments d'appréciation fournis par une partie paraissent insuffisants, le juge peut ordonner une mesure d'instruction, mais ce n'est qu'une simple faculté et il n'est pas tenu de le faire (Soc., 3 octobre 2001, pourvoi n° 99-43.472, rejetant un pourvoi qui reprochait à l'arrêt attaqué d'avoir jugé dépourvu de cause réelle et sérieuse un licenciement sans ordonner de mesure d'instruction de nature à éclairer sur les griefs invoqués).

Deux séries de précisions doivent être apportées sur les modes de preuve en droit du travail :
– le principe de la liberté de la preuve n'exclut pas l'application de la règle selon laquelle seuls les modes de preuve obtenus dans des conditions licites ou loyales sont recevables, comme cela est exposé par ailleurs ;
– le principe de la liberté de la preuve cède en certaines matières devant la nécessité de produire un écrit, celui-ci conditionnant la validité, l'opposabilité ou l'efficacité de l'acte. Ainsi, un contrat à durée déterminée doit être passé par écrit, sous peine de requalification en contrat de travail à durée indéterminée par application de l'article L. 1242-12 du code du travail (ancien article L. 122-3-1) (Soc., 8 octobre 1987, pourvoi n° 84-45.951, *Bull.* 1987, V, n° 538). De même, l'applicabilité de certaines clauses du contrat de travail, telles que la clause de non-concurrence, suppose, compte tenu des précisions requises, la rédaction d'un écrit. De même encore, l'employeur est tenu d'énoncer dans la lettre de licenciement les motifs de celui-ci, à défaut de quoi le

licenciement est sans cause réelle et sérieuse (Ass. plén., 27 novembre 1998, pourvoi n° 96-40.199, *Bull.* 1998, Ass. plén., n° 7).

Chapitre 9 – En droit pénal

En droit pénal, le principe de liberté de la preuve qui est lié à celui d'intime conviction du magistrat appelle des précisions générales. Présentant la particularité d'avoir pour objet de démontrer non seulement l'existence d'un fait, mais encore son imputation à une personne, la preuve pénale revêt, en outre, une importance qu'elle n'a dans aucune autre matière : parce qu'elle touche aux garanties et droits des personnes, particulièrement à la présomption d'innocence, et qu'elle intéresse souvent l'ordre public. C'est sans doute ce qui explique l'unité de la théorie de la preuve, dans son principe comme dans ses règles, à toutes les étapes de la procédure pénale, depuis la phase de la police judiciaire jusqu'à celle du jugement définitif. En effet, on ne peut concevoir une preuve qui soit, en amont du procès pénal, différente de celle qui régira la phase de jugement, même si ces principes et règles peuvent recevoir une application plus ou moins intense aux diverses étapes de la procédure. L'officier de police judiciaire ne peut ignorer que la preuve est recueillie pour le procureur de la République chargé de la poursuite, auquel il faut apporter, à cette fin, des indices suffisants. À l'instar du juge d'instruction, il sait que cette preuve n'a d'efficacité que dans la mesure où, légalement recueillis, les indices peuvent servir à la juridiction saisie pour forger son intime conviction.

Ainsi, au double point de vue juridique et factuel, depuis le constat d'une infraction jusqu'au jugement de son auteur, la preuve se structure tout au long de la procédure, depuis le recueil d'indices résultant des investigations, lesquels peuvent ensuite devenir graves et/ou concordants, que le procureur ou le juge d'instruction éventuellement saisi transformera en charges, le juge de jugement pouvant seul, du fait de la présomption d'innocence, les transformer en preuves.

Dès lors, le langage juridique a son importance en ce qu'il doit, par sa précision, maintenir intacte la présomption d'innocence par l'usage du terme désignant exactement l'état de maturation des éléments de preuve. S'il est communément affirmé que la preuve se discute à tous les stades de la procédure pénale, force est de constater que, juridiquement, on doit évoquer des « indices » ou des « charges » à l'encontre d'une personne non encore jugée, quand bien même son implication paraîtrait ne faire aucun doute parce qu'elle a avoué de manière circonstanciée être l'auteur de l'infraction ou a été arrêtée en flagrant délit, la preuve définitivement constituée ne pouvant être que le fait du juge de jugement qui se prononce selon une intime conviction motivée (articles 353, 427 et 536 du code de procédure pénale).

Sous ce regard, loin d'être l'exception que l'on tend parfois à présenter, la preuve par indices constitue le droit commun dès lors que son administration est d'abord, et essentiellement, le fait de la police judiciaire qui, par hypothèse, ne recueille jamais que des indices, définis comme des « élément [s] de preuve consistant en un fait, événement, objet, trace […] » (*Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, publié sous la direction de Gérard Cornu, PUF, 8e éd., 2007 ; voir aussi J.-P. Delmas-Saint-Hilaire, « La répression du trafic de stupéfiants serait-elle l'occasion d'un abandon de

la jurisprudence, contestable et paralysante, de la chambre criminelle en matière de flagrance ? », *Rev. sc. crim*. 1993, p. 93 et s.).

Ces indices, dont la doctrine a dit l'importance en matière pénale (voir, sur ce point, R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, Cujas, 5e éd., 2001, no 191 et s.), encore renforcée par les progrès des sciences, constituent l'assise de la technique de la preuve inductive ou indiciaire, usant essentiellement de présomptions de fait qui consistent, à partir d'un ou plusieurs indices, à en inférer une réalité *a priori* inconnue, utile à la manifestation de la vérité, que ce soit pour le constat d'une infraction, constitutive de la saisine de l'autorité judiciaire par le biais de la police judiciaire, ou pour la démonstration ultérieure des éléments de l'infraction.

On trouve en jurisprudence des précisions particulières relatives à la flagrance (section 1), puis aux éléments matériels (section 2) et moraux (section 3) d'une infraction.

Section 1 – Preuve de la flagrance

Quant au constat de l'infraction flagrante, il résulte de la perception, par un agent ou un officier de police judiciaire, d'un ou plusieurs indices objectifs laissant présumer sa commission actuelle ou immédiatement antérieure de nature à permettre l'ouverture d'une enquête de flagrance génératrice de la contrainte destinée à poursuivre l'administration de la preuve (article 53 du code de procédure pénale). Cependant, souvent fugitive, cette perception, visuelle, auditive, gustative, olfactive même, l'entraîne à une réaction immédiate, dictée par une qualification d'infraction d'une extrême rapidité. Aussi est-il aisé de comprendre que l'apparence occupe une grande place dans le recueil de l'indice et la caractérisation de la flagrance. Le ou les indices objectifs ainsi recueillis permettent d'élaborer, même rapidement, une présomption de fait destinée à induire, selon une vraisemblance objective, qu'un crime ou un délit flagrant se commet. C'est ainsi que ce recueil d'indices va assurer la saisine de la police judiciaire et, corrélativement, celle de l'autorité judiciaire.

La flagrance n'impliquant nullement l'évidence d'une infraction ou de l'imputation de celle-ci à une personne déterminée (*JOAN*, 25 juin 1957, p. 2993), que l'enquête consécutive devra concrétiser ou infirmer, l'apparence autorise une intervention policière à partir d'indices caractérisant une réalité objectivement vraisemblable, dont la Cour de cassation a dessiné les contours en excluant, pour protéger les droits et garanties des citoyens, le soupçon et la dénonciation anonyme (Crim., 2 février 1988, pourvoi no 87-81.147, *Bull. crim*. 1988, no 52 ; Crim., 8 novembre 1989, pourvoi no 89-80.728, *Bull. crim*. 1989, no 406 ; Crim., 23 mars 1992, pourvoi no 90-85.217, *Bull. crim*. 1992, no 123 ; Crim., 22 avril 1992, pourvoi no 90-85.125, *Bull. crim*. 1992, no 169 ; Crim., 1er octobre 2003, pourvoi no 03-84.142, *Bull. crim*. 2003, no 176 ; Crim., 2 mai 2007, pourvoi no 07-81.517, *Bull. crim*. 2007, no 112 ; Crim., 5 octobre 2011, pourvoi no 11-81.125, *Bull. crim*. 2011, no 195). Ce recueil d'indices permet corrélativement d'élaborer une présomption de fait, selon laquelle une infraction flagrante paraît avoir été commise, éventuellement par telle personne. À ce niveau initial de la procédure pénale, on perçoit à quel point la notion d'indice gouverne l'administration de la preuve.

Section 2 – Preuve de l'élément matériel de l'infraction

Le recueil d'indices est pareillement utile à la preuve de l'élément matériel de l'infraction qui s'attache non seulement à l'action ou à l'omission incriminée par la loi mais encore, tâche la plus délicate, à son imputation à telle personne suspectée. Dès lors qu'elle est opérée légalement, la première partie de cette démonstration ne soulève guère de difficulté puisqu'elle résulte normalement d'un constat objectif, même si peuvent poser problème les disparitions de personnes ou meurtres sans découverte de cadavre, lesquels obligent alors les agents d'investigations à l'élaboration, à partir d'indices, de présomptions de fait tendant à établir la réalité d'un enlèvement ou d'un décès (Crim., 15 mai 1946, *Bull. crim*. 1946, n° 120, p. 172).

Cependant, le jeu des indices paraît être d'un renfort plus décisif encore dans la démonstration de l'imputation au mis en cause, question cardinale de l'administration de la preuve. La matière de la circulation routière, simple mais d'application quotidienne, le révèle : s'il est aisé de prouver que tel véhicule a roulé au-delà de la vitesse maximale autorisée, il s'avère souvent plus délicat, sans une photographie le représentant, de l'imputer à un conducteur déterminé. Avant que la loi n° 99-505 du 18 juin 1999 n'établisse une présomption de responsabilité pécuniaire, la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, rappelé aux juges du fond qu'ils ne pouvaient présumer coupable le propriétaire du véhicule à l'encontre duquel avait été constatée une contravention (Crim., 3 octobre 1967, pourvoi n° 67-90.848, *Bull. crim*. 1967, n° 238, *Rev. sc. crim*. 1968, p. 332, obs. Vitu ; Crim.,11 juillet 1978, *D.* 1979, inf. rap. p. 102 ; Crim., 21 octobre 1980, pourvoi n° 80-90.860, *Bull. crim*. 1980, n° 263 ; Crim., 17 septembre 1996, pourvoi n° 95-85.829, *Bull. crim*. 1996, n° 315 ; Crim., 8 avril 1998, pourvoi n° 97-83.937), la partie poursuivante devant rapporter une preuve suffisante de l'imputation d'une telle infraction (Crim., 22 avril 1997, pourvoi n° 96-81.869) et le juge préciser, dans sa motivation, les indices sur lesquels se fonde son intime conviction.

Section 3 – Preuve de l'élément moral

En ce qui concerne l'élément moral, la preuve du dol général ne suscite guère de difficulté pour satisfaire l'exigence légale (article 121-3 du code pénal) au regard de la jurisprudence constante, puisqu'une présomption de fait permet normalement de l'induire des faits de la cause (voir, sur ce point, Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, coll. Droit fondamental, 3e éd., 2010, p. 234 et s. ; Y. Mayaud, « De l'article 121-3 du code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle », *D.* 1997, chron., p. 37), sauf à caractériser une contrainte ou un trouble psychique (articles 122-1, alinéa 1er et 122-2 du code pénal). En effet, pour la Cour de cassation, « la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3, al. 1 du Code pénal » (Crim., 11 mai 1995, pourvoi n° 94-82.748 ; voir aussi, Crim., 12 mars 1970, pourvoi n° 69-90.644, *Bull. crim*. 1970, n° 103, *D.* 1970, p. 385, note M. Delmas).

Il en va différemment lorsque cet élément moral présente une configuration particulière, consistant soit dans une intention déterminée, comme l'intention de tuer dans le meurtre, soit dans la connaissance d'une situation préalable à l'acte incriminé,

telle que la connaissance du péril couru par un tiers dans l'omission de porter secours ou celle de l'origine frauduleuse de l'objet reçu dans le recel. La preuve de l'intention précise ou de la connaissance d'une situation préalable ne pouvant alors s'induire de l'acte même, il faut la rapporter, par l'aveu de l'intéressé (article 428 du code de procédure pénale) ou, à défaut et le plus souvent, par l'élaboration d'une présomption de fait fondée sur les indices recueillis. Ainsi l'intention de tuer sera-t-elle caractérisée par l'arme utilisée, la direction et la précision des coups portés (dans une zone vitale du corps de la victime) ainsi que leur nombre… (Crim., 22 mai 1989, *Dr. pén.* déc. 1989, comm. 56 par M. Véron.) De même, l'élément moral du recel pourra être établi à partir d'un faisceau d'indices tels que les conditions et le lieu de la transaction, le prix payé comparé à celui du marché, le comportement ultérieur du mis en cause, les professions respectives du vendeur et de l'acheteur, desquels l'enquêteur, le procureur puis le juge vont induire que l'intéressé n'a pas pu ignorer, à l'instant de leur réception, l'origine frauduleuse des objets litigieux (Crim., 24 novembre 1977, pourvoi n° 76-91.866, *Bull. crim.* 1977, n° 371, *D.* 1978, p. 42, note S. Kehrig ; Crim., 3 décembre 1984, pourvoi n° 83-94.622, *Bull. crim.* 1984, n° 381 ; Crim., 12 décembre 1989, *Dr. pén.* 1990, comm. 196 par M. Véron). Comme l'a écrit un auteur, « la Cour de cassation n'exige pas la preuve d'une connaissance parfaite par le receleur de la nature et de la qualification exacte de l'infraction d'origine, ni des détails des circonstances de sa commission. Il suffit d'établir que, compte tenu des circonstances de fait, le receleur ne pouvait avoir aucun doute sur l'origine frauduleuse des choses détenues » (*Dr. pén.* 2008, comm. 139 par M. Véron).

À l'instar de la présomption légale ou de droit, la présomption jurisprudentielle ou de fait est, sous les mêmes conditions, compatible avec les dispositions de l'article 6 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, 7 octobre 1988, Salabiaku c. France, requête n° 10519/83 ; voir, dans le même sens, CEDH, 25 septembre 1992, Pham Hoang c. France, requête n° 13191/87).

PARTIE 4 – ADMINISTRATION DE LA PREUVE

Le juge n'est pas le récipiendaire passif des preuves apportées par les parties au soutien de leurs prétentions. Il lui appartient de les administrer pour assurer la manifestation de la vérité tout en préservant les droits fondamentaux des justiciables. Ce travail de conciliation suppose que soient précisées les techniques permettant la découverte des faits (titre 1) et les principes gouvernant la présentation en justice des preuves (titre 2).

TITRE 1 – TECHNIQUES D'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

Le juge peut être l'acteur de la recherche de la preuve, à travers les mesures d'instruction qu'il peut mener, à la demande des parties ou spontanément (chapitre 1). Il peut également ordonner et superviser les mesures d'investigations confiées à un expert (chapitre 2). Enfin, en sa qualité d'arbitre de la conduite de la procédure, il peut sanctionner les parties qui ne respectent pas les règles de conduite de la recherche de la preuve (chapitre 3).

Chapitre 1 – Mesures d'instruction

Les mesures d'instruction sont les investigations menées directement sous la direction du juge, soit à la demande des parties, soit spontanément par le juge ou à sa demande. En droit civil comme en droit pénal, le juge peut être amené à ordonner des mesures d'instruction en vue du procès. En matière civile dans le cadre des mesures d'instruction (section 1), en matière pénale dans le cadre de l'instruction préparatoire (section 2). C'est à travers ces deux points particuliers qu'il paraît utile de présenter la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière.

Section 1 – Mesures d'instruction en droit civil

Le juge peut ordonner, avant le litige, l'accomplissement de mesures d'instruction. Il convient de distinguer la possibilité offerte à tout intéressé, en référé ou sur requête, de solliciter une mesure d'instruction (§ 1), des procédures particulières concernant les visites domiciliaires en matière fiscale (§ 2) et des saisies-contrefaçon (§ 3).

§ 1. Mesures d'instruction en référé ou sur requête (article 145 du code de procédure civile)

La possibilité de solliciter une mesure d'instruction *in futurum* est soumise à des conditions générales (A) et connaît, en droit commercial et social, quelques déclinaisons particulières (B).

A. Conditions générales

La mesure doit être justifiée par la nécessité de conserver ou d'établir les faits (1) en vue d'un procès potentiel (2).

1. Conserver les preuves ou établir les faits

Selon l'article 9 du code de procédure civile, c'est aux parties qu'incombe la charge de prouver les faits propres à fonder leurs prétentions, cependant, « les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible » (article 143 du code de procédure civile). Les parties ne disposent pas d'un droit à obtenir une mesure d'instruction et l'article 146 du code de procédure civile fait interdiction au juge d'ordonner une mesure d'instruction en vue de suppléer leur carence.

Néanmoins, le code de procédure civile a prévu la possibilité pour une partie d'obtenir l'organisation d'une mesure d'instruction judiciaire avant même l'engagement d'un procès. L'article 145 de ce code dispose que « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ». Il est de jurisprudence constante que l'article 146 du code de procédure civile est sans application lorsque le juge est saisi sur le fondement de l'article 145 du même code (2e Civ., 10 juillet 2008, pourvoi no 07-15.369, *Bull.* 2008, II, no 179 ; 2e Civ., 10 mars 2011, pourvoi no 10-11.732, *Bull.* 2011, II, no 65). Le demandeur doit justifier que la mesure, qui ne peut être ordonnée si un procès est déjà en cours entre les parties, est en lien avec un litige susceptible de les opposer et que l'action éventuelle concernant ce litige n'est pas manifestement vouée à l'échec : la mesure doit être de nature à éclairer le juge susceptible d'être saisi du litige opposant les parties (2e Civ., 29 septembre 2011, pourvoi no 10-24.684).

La demande ne peut être accueillie que si le demandeur justifie d'un motif légitime, dont l'existence est appréciée souverainement par les juges du fond (2e Civ., 8 février 2006, pourvoi no 05-14.198, *Bull.* 2006, II, no 44 ; 2e Civ., 29 septembre 2011, pourvoi no 10-24.684 ; 2e Civ., 12 juillet 2012, pourvoi no 11-18.399, *Bull.* 2012, II, no 132). Le juge n'a pas à caractériser la légitimité de la mesure au regard des différents fondements juridiques possibles de l'action en vue de laquelle elle était sollicitée (2e Civ., 8 juin 2000, pourvoi no 97-13.962, *Bull.* 2000, II, no 97 ; 2e Civ., 6 novembre 2008, pourvoi no 07-17.398, *Bull.* 2008, II, no 234).

Les mesures d'instruction peuvent tendre à la conservation des preuves, mais aussi à l'établissement de faits, et peuvent concerner des tiers, si aucun empêchement légitime ne s'y oppose (2e Civ., 26 mai 2011, pourvoi no 10-20.048, *Bull.* 2011, II, no 118).

Seules les mesures légalement admissibles peuvent être ordonnées et ce critère fait souvent difficulté, tant la tentation peut être grande d'instrumentaliser l'article 145 du code de procédure civile, par exemple pour obtenir des informations sur un concurrent. D'autant que la mesure peut être ordonnée soit en référé, soit sur requête et que, dans cette dernière hypothèse, le juge statuera au seul vu des motifs avancés par le requérant, en l'absence de la partie concernée par la mesure d'instruction. C'est pourquoi la Cour de cassation se montre vigilante, d'une part, sur les conditions dans lesquelles la

mesure peut être ordonnée sur requête, d'autre part, sur l'étendue des investigations pouvant être autorisées sur le fondement de cet article.

Les conditions de délivrance d'une ordonnance sur requête sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile sont celles du droit commun des ordonnances sur requête, résultant des articles 493 et suivants de ce code. Ainsi la deuxième chambre civile a jugé que l'urgence n'est pas une condition requise pour que soient ordonnées sur requête des mesures d'instruction sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile (2e Civ., 15 janvier 2009, pourvoi no 08-10.771, *Bull.* 2009, II, no 15 ; 2e Civ., 9 avril 2009, pourvoi no 08-15.507).

En revanche, il ne peut être fait droit à la demande que s'il est justifié de circonstances exigeant que la partie adverse ne soit pas appelée (2e Civ., 30 janvier 2003, pourvoi no 01-01.128, *Bull.* 2003, II, no 25). Les circonstances justifiant une dérogation au principe de la contradiction doivent être caractérisées par la requête ou par l'ordonnance rendue sur celle-ci (2e Civ., 11 février 2010, pourvoi no 09-11.342, *Bull.* 2010, II, no 32). Il appartient au juge, saisi d'une demande de rétractation d'une ordonnance sur requête, de vérifier, au besoin d'office, si cette exigence a été satisfaite dans l'espèce qui lui est soumise (2e Civ., 11 février 2010, pourvoi no 09-11.342, *Bull.* 2010, II, no 32 ; 2e Civ., 7 juin 2012, pourvoi no 11-20.934). La même exigence s'impose à la cour d'appel, saisie d'une décision ayant statué sur une demande de rétractation, la cour d'appel étant investie des attributions du juge qui a rendu l'ordonnance et devant statuer sur les mérites de la requête (2e Civ., 22 octobre 2009, pourvoi no 08-17.485, *Bull.* 2009, II, no 250 ; 2e Civ., 30 avril 2009, pourvoi no 08-15.421, *Bull.* 2009, II, no 105).

La deuxième chambre civile vérifie également que, dans l'exécution de la mesure, les principes de contradiction et de loyauté ont été respectés (2e Civ., 9 avril 2009, pourvoi no 08-12.503). En particulier, copie de la requête et de l'ordonnance doit être remise à la personne à laquelle elle est opposée, comme l'exige l'article 497 du code de procédure civile (2e Civ., 18 novembre 2004, pourvoi no 02-20.713, *Bull.* 2004, II, no 499 ; 2e Civ., 12 octobre 2006, pourvoi no 05-11.301 ; 2e Civ., 10 janvier 2008, pourvoi no 06-21.816, *Bull.* 2008, II, no 6 ; 2e Civ., 9 avril 2009, pourvoi no 08-12.503). L'huissier de justice ne peut donc pas être autorisé à ne faire état de l'ordonnance le commettant et fixant sa mission qu'une fois cette dernière accomplie (2e Civ., 10 février 2011, pourvoi no 10-13.894, *Bull.* 2011, II, no 36).

Les mesures d'investigation ordonnées, que ce soit en référé ou sur requête, doivent être légalement admissibles. La Cour de cassation veille à ce que le juge se soit assuré que les mesures sollicitées ne comportent pas d'atteinte à une liberté fondamentale (2e Civ., 8 février 2006, pourvoi no 05-14.198, *Bull.* 2006, II, no 44 ; 2e Civ., 10 novembre 2010, pourvoi no 09-71.674 ; 2e Civ., 6 janvier 2011, pourvoi no 09-72.841). Il a ainsi été jugé qu'excède les mesures d'instruction légalement admissibles au sens de l'article 145 du code de procédure civile, la mesure ordonnée par le président d'un tribunal de commerce autorisant un huissier de justice à se rendre dans les locaux d'une société suspectée d'actes de concurrence déloyale et de détournement de clientèle et à se saisir de tout document social, fiscal, comptable, administratif, de quelque nature que ce soit, susceptible d'établir la preuve, l'origine et l'étendue du détournement, permettant ainsi à l'huissier de justice de fouiller à son gré les locaux de la société, sans avoir préalablement sollicité la remise spontanée des documents concernés et obtenu le consentement du requis (2e Civ., 16 mai 2012, pourvoi no 11-17.229, *Bull.* 2012, II, no 89).

2. Potentialité d'un procès

Mesure par nature préventive, le référé de l'article 145 du code de procédure civile, parfois appelé « référé instruction », a pour objet de permettre à un sujet de droit de se procurer une preuve dont il pourrait avoir besoin à l'appui d'un procès potentiel. Encore faut-il que ce dernier soit envisageable.

Le litige doit être potentiel, ce qui signifie qu'il ne doit pas être en cours. Selon une jurisprudence bien établie, la condition tenant à l'absence d'instance au fond, prescrite par le texte (« avant tout procès »), est une condition de recevabilité devant être appréciée, et conséquemment remplie, au jour de la saisine du juge des référés (voir, par exemple, 2e Civ., 28 juin 2006, pourvoi no 05-19.283, *Bull.* 2006, II, no 173 : « Qu'en statuant ainsi, alors que l'absence d'instance au fond, qui constitue une condition de recevabilité de la demande, devait s'apprécier à la date de la saisine du juge, la cour d'appel a violé le texte susvisé »).

Le litige doit encore être potentiel.

La définition de cette notion aux contours subtils a alimenté, à propos d'un bail commercial (3e Civ., 8 avril 2010, pourvoi no 09-10.226, *Bull.* 2010, III, no 79), un pourvoi devant la troisième chambre civile, qui n'était pas sans retentissement sur la place, dans le temps, de la preuve dans le cadre de cette procédure particulière. Le juge des référés était, en l'occurrence, saisi du chef de l'article 145 du code de procédure civile pour que soit ordonnée une mesure d'expertise aux fins de déterminer la valeur locative du fonds loué et le montant d'une éventuelle indemnité d'éviction (ce bailleur avait délivré congé avec offre de renouvellement à son locataire, lequel avait contesté le montant du loyer proposé par son cocontractant). Le locataire reprochait au juge des référés d'avoir accueilli cette demande, alors qu'au jour de sa saisine, il n'existait selon lui aucun litige potentiel l'opposant à son bailleur.

Par cet arrêt, la troisième chambre civile a retenu que cette condition de litige potentiel étant une condition de fond et non de recevabilité, il faut et suffit qu'il en soit justifié par le demandeur avant que le juge ne statue. Elle décide en effet que « l'existence d'un litige potentiel n'étant pas une condition de recevabilité de la demande, mais de son succès, la cour d'appel, qui a relevé qu'à la date à laquelle elle statuait, la SCI avait exercé son droit d'option en vertu de l'article L. 145-57 du code de commerce, en a souverainement déduit que la société bailleresse justifiait d'un motif légitime au sens de l'article 145 du code de procédure civile ». Et tel était le cas du bailleur de la cause, qui, après la saisine du juge des référés, mais avant qu'il ne statue, avait exercé le droit d'option ouvert par l'article L. 145-57 du code de commerce, liant ainsi un potentiel litige relativement au paiement d'une future indemnité d'éviction.

Cet arrêt, qui précise le régime du référé relatif à la preuve, met également en lumière les modulations dans le temps de certaines exigences probatoires : si la preuve des conditions de recevabilité doit être rapportée au jour de la saisine du juge, celle des conditions de fond peut être différée jusqu'au jour où il statue.

B. Mise en œuvre

Doivent être précisées les particularités des mesures d'instruction applicables en matière commerciale (1) et sociale (2).

1. Empêchement légitime en droit commercial

Tandis que les articles 9 et 10 du code de procédure civile prévoient qu'il appartient à chacun de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention et que le juge a le pouvoir d'ordonner toutes les mesures d'instruction légalement admissibles, les articles 10 du code civil, 11 et 12 du code de procédure civile prescrivent que chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité, sauf motif légitime, et aux mesures d'instruction ordonnées par le juge, sauf en cas d'empêchement légitime d'un tiers.

L'article 145 du code de procédure civile instaurant la procédure de mesures d'instruction *in futurum* est applicable si, précise la Cour de cassation en se référant aux textes précités, aucun empêchement légitime ne s'oppose à cette production par le tiers détenteur (2e Civ., 26 mai 2011, pourvoi no 10-20.048, *Bull.* 2011, II, no 118).

En droit commercial, cette notion d'empêchement légitime est utilisée par la Cour de cassation pour assurer la protection de certains secrets que heurterait une mesure d'instruction. Pour une étude plus ample de la question de la preuve et de la protection du secret des affaires et des références complémentaires de jurisprudence concernant les principes rappelés ci-dessous, il est renvoyé à la présente partie, titre 2, chapitre 2, section 1.

Le secret professionnel, dont la violation est pénalement sanctionnée par les articles 226-13 et 226-14 du code pénal, constitue, en principe, un empêchement légitime faisant obstacle à la mesure d'instruction ou à une demande de communication de pièces. Tel est notamment le cas des lettres couvertes par le secret professionnel existant entre le client et son avocat dans les conditions prévues par l'article 66-5 de la loi no 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, telle que modifiée par la loi no 97-308 du 7 avril 1997, du secret professionnel auquel est tenu l'expert-comptable en application de l'article 21 de l'ordonnance no 45-2138 du 19 septembre 1945 (Com., 8 février 2005, pourvoi no 02-11.044, *Bull.* 2005, IV, no 22) ou du secret bancaire, prévu et protégé par les dispositions des articles L. 511-33 et L. 511-34 du code monétaire et financier. Contrairement à l'arrêt du 15 mai 2008 de la première chambre civile (1re Civ., 15 mai 2008, pourvoi no 06-20.807) qui laisse penser que le secret bancaire ne peut faire obstacle à une mesure d'instruction, la chambre commerciale juge, de manière constante, tant dans le cadre des articles 9 et 10 du code civil et 11 du code de procédure civile (Com., 13 juin 1995, pourvoi, no 93-16.317, *Bull.* 1995, IV, no 172 ; Com., 25 février 2003, pourvoi no 00-21.184, *Bull.* 2003, IV, no 26 ; Com., 8 juillet 2003, pourvoi no 00-11.993, *Bull.* 2003, IV, no 119 ; Com., 13 novembre 2003, pourvoi no 00-19.573 ; Com., 25 janvier 2005, pourvoi no 03-14.693, *Bull.* 2005, IV, no 13 ; Com., 9 juin 2004, pourvoi no 02-19.572 ; Com., 31 mai 2005, pourvoi no 03-18.211 ; Com., 23 janvier 2007, pourvoi no 05-18.368, *Bull.* 2007, IV, no 7 ; Com., 30 mai 2007, pourvoi no 06-11.036, *Bull.* 2007, IV, no 144) que de l'article 145 du code de procédure civile (Com., 28 février 2006, pourvoi no 04-17.545 ; Com., 16 janvier 2001, pourvoi no 98-11.744, *Bull.* 2001, IV, no 12 ; Com., 11 avril 1995, pourvoi no 92-20.985, *Bull.* 1995, IV, no 121), que le secret professionnel auquel est tenu un établissement bancaire en application de l'article L. 511-33 du code monétaire et financier constitue un empêchement légitime opposable au juge civil, ou au tiers à qui il a été ordonné de produire des pièces couvertes par le secret bancaire. Celui-ci peut alors exercer un recours devant la juridiction ayant rendu ce jugement, puis interjeter appel

de la décision rendue sur recours (2e Civ., 17 novembre 2011, pourvoi no 10-21.326, *Bull*. 2011, II, no 213).

Dans certains cas, et compte tenu des intérêts, protégés ou non, en présence, la Cour de cassation a assoupli la protection de principe apportée à de tels secrets : ainsi, le secret bancaire, destiné à protéger le client, ne peut servir à protéger la banque, en particulier lorsque sa responsabilité est recherchée (Com., 19 juin 1990, pourvoi no 88-19.618, *Bull.* 1990, IV, no 179 ; Com., 11 octobre 2011, pourvoi no 10-10.490, *Bull*. 2011, IV, no 153), de la même manière que le secret professionnel auquel sont tenus les commissaires aux comptes et les experts-comptables ne peut faire obstacle aux mesures d'instruction destinées à vérifier les conditions d'exercice de leur mission (Com., 14 novembre 1995, pourvoi no 94-13.361, *Bull*. 1995, IV, no 263 ; Com., 14 novembre 1995, pourvoi no 93-10.937, *Bull.* 2005, IV, no 262). Le secret bancaire n'est pas non plus opposable à la banque qui est autorisée à produire des documents pour se défendre contre son salarié, bénéficiaire du secret (Soc., 2 novembre 2005, pourvoi no 03-47.446) ou doit communiquer des documents concernant le débiteur principal nécessaires à l'administration de la preuve de l'existence et du montant de la créance de la caution dont elle demande paiement (Com., 16 décembre 2008, pourvoi no 07-19.777, *Bull.* 2008, IV, no 206). Il n'est pas non plus opposable à des tiers à une procédure de référé-expertise impliqués dans le litige en responsabilité en prévision duquel était sollicitée la communication de pièces (Com., 31 mai 2011, pourvoi no 10-19.338).

En revanche, lorsqu'un secret n'est pas légalement protégé, il ne constitue pas un empêchement légitime. Ainsi, la Cour de cassation juge que « le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées » (2e Civ., 7 janvier 1999, pourvoi no 95-21.934, *Bull.* 1999, II, no 4 ; 2e Civ., 8 février 2006, pourvoi no 05-14.198, *Bull*. 2006, II, no 44). Toutefois, l'appréciation de la légitimité du motif qui est présenté à l'appui de la demande d'instruction relève du pouvoir souverain des juges du fond (2e Civ., 8 février 2006, pourvoi no 05-14.198, *Bull.* 2006, II, no 44 ; 2e Civ., 19 mars 2009, pourvoi no 08-14.778), lesquels doivent caractériser l'existence du motif légitime (2e Civ., 15 janvier 2009, pourvoi no 08-10.771, *Bull.* 2009, II, no 15 ; 2e Civ., 22 février 2012, pourvoi no 11-13.481). La Cour de cassation veille aussi à ce que les mesures ordonnées soient limitées dans leur objet et dans le temps.

2. Mesures *in futurum* en droit du travail

Par leur généralité et leur insertion dans les dispositions communes du code de procédure civile, les dispositions de l'article 145 de ce code ont vocation à s'appliquer en droit du travail, comme en toute autre matière et avec les mêmes conditions d'application.

– En ce qui concerne la légitimité du motif dont doit justifier le demandeur, entendue comme la justification de l'utilité probatoire de la mesure sollicitée, les arrêts rendus par la chambre sociale, tout en se référant au principe de la souveraineté des juges du fond pour l'appréciation d'un tel motif légitime, donnent quelques indications sur les circonstances permettant d'en cerner les contours.

La mesure d'instruction doit d'abord être sollicitée en vue du règlement ultérieur d'un litige, ce qui suppose qu'une action en justice soit envisageable et que son objet soit suffisamment déterminé.

C'est ce que rappelle un arrêt de la chambre sociale du 26 juillet 1984 (pourvoi n° 81-41.760, *Bull.* 1984, V, n° 334) en retenant, pour rejeter un pourvoi contre une décision ayant ordonné à la demande de syndicats une expertise afin de recueillir tous renseignements sur l'ampleur et l'origine d'une grève ainsi que sur les moyens d'y mettre fin, « qu'un conflit collectif de travail est susceptible d'avoir des répercussions sur les droits individuels des intéressés et sur les litiges soulevés de ce chef devant les tribunaux judiciaires ».

De même, un arrêt de la chambre sociale du 2 mai 1990 (pourvoi n° 87-17.060, *Bull.* 1990, V, n° 199) a estimé qu'était caractérisée la légitimité du motif invoqué par un employeur pour obtenir une expertise après une grève avec occupation des locaux, dès lors que cette expertise pouvait permettre de recueillir des éléments d'information sur les responsabilités encourues et l'importance des dommages subis à la suite d'incidents survenus au cours de la grève.

En revanche, la chambre sociale a approuvé une cour d'appel d'avoir rejeté la demande formée par un salarié licencié pour faute grave tendant à ce qu'il soit ordonné à l'employeur de produire les éléments de preuve des faits reprochés au salarié, dès lors que celui-ci n'avait aucune obligation probatoire dans le litige envisagé (Soc., 7 mars 2006, pourvoi n° 04-47.076, *Bull.* 2006, V, n° 94).

– En ce qui concerne les mesures susceptibles d'être ordonnées, l'article 145 du code de procédure civile se borne à faire référence aux « mesures d'instruction légalement admissibles », ce qui implique d'en préciser la nature et la portée.

Quant à la nature de ces mesures, *a priori* toutes les mesures tendant à établir la preuve de certains faits sont envisageables. La chambre sociale a néanmoins apporté des précisions importantes sur l'une des mesures les plus fréquentes, la désignation d'un huissier de justice aux fins de constat, en jugeant que cet officier ministériel ne peut procéder qu'à des constatations purement matérielles, ce qui implique qu'il n'a pas le droit de procéder à des auditions de témoins, si ce n'est à seule fin d'éclairer ses constatations (Soc., 29 octobre 2002, pourvoi n° 00-42.918, *Bull.* 2002, V, n° 326 ; Soc., 28 avril 2006, pourvoi n° 04-13.932, *Bull.* 2006, V, n° 153).

Quant à la portée des mesures d'instruction ordonnées, si en principe celles-ci ne doivent pas porter atteinte à un secret juridiquement protégé ou à un droit fondamental, la protection qui y est attachée n'est pas absolue et cède parfois devant les intérêts légitimes du demandeur à la preuve. Il appartient dès lors au juge de peser les droits et libertés en conflit et de prendre s'il y a lieu, en faisant application du principe de proportionnalité, la mesure apparaissant strictement nécessaire à la défense de ces intérêts.

La chambre sociale a ainsi retenu que le respect de la vie personnelle du salarié ne fait pas nécessairement obstacle à l'application de l'article 145 du code de procédure civile et a admis :

– Qu'un employeur peut obtenir la désignation d'un huissier de justice pour accéder aux données contenues dans l'ordinateur mis à la disposition d'un salarié, dès lors qu'il a des raisons légitimes de suspecter des actes de concurrence déloyale et que l'huissier

a rempli sa mission en présence du salarié (Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 05-17.818, *Bull.* 2007, V, n° 84 ; Soc., 10 juin 2008, pourvoi n° 06-19.229, *Bull.* 2008, V, n° 129) ;

– Que l'employeur ayant la charge de rapporter la preuve que le salarié, dont il envisage la mise à la retraite anticipée en application des stipulations d'une convention collective l'y autorisant, remplit les conditions pour bénéficier d'une retraite à taux plein, et cette preuve ne pouvant résulter que d'un relevé de carrière que le salarié est seul à pouvoir détenir, il existe un motif légitime d'ordonner la communication de ce document (Soc., 13 mai 2009, pourvoi n° 08-41.826, *Bull.* 2009, V, n° 131).

L'intérêt de cette décision est également de montrer que la communication de documents fait partie des mesures d'instruction susceptibles d'être ordonnées en application de l'article 145 du code de procédure civile. Un arrêt de la deuxième chambre civile du 8 février 2006 (pourvoi n° 05-14.198, *Bull.* 2006, II, n° 44) avait pu en faire douter, mais a été démenti par un arrêt de la même chambre du 26 mai 2011 (pourvoi n° 10-20.048, *Bull.* 2011, II, n° 118) statuant dans le sens de l'admissibilité de la production de documents au titre de ces mesures d'instruction, bien que la production de documents ne soit pas incluse dans le sous-titre du code de procédure civile consacré à ces mesures.

Il convient néanmoins de préciser que l'importance attachée au respect de la vie personnelle du salarié est telle qu'elle peut empêcher l'employeur de se prévaloir d'un moyen de preuve obtenu pourtant avec l'accord du juge.

C'est ce qui résulte d'un arrêt de la chambre sociale du 10 janvier 2012 (pourvoi n° 10-23.482, *Bull.* 2012, V, n° 2) rendu dans une affaire où l'employeur avait obtenu la désignation par un juge saisi en application de l'article 145 du code de procédure civile d'un huissier de justice, aux fins de visionner les enregistrements des caméras de vidéosurveillance placées à l'entrée d'un local. La Cour a jugé que l'employeur ne pouvait se prévaloir de ce mode de preuve des agissements des salariés, ceux-ci n'ayant pas été préalablement informés de l'existence du dispositif de surveillance en cause.

§ 2. Visites domiciliaires en matière fiscale

Bien qu'il s'agisse devant le juge judiciaire d'une procédure autonome et non d'une mesure d'instruction à proprement parler dont il aurait à connaître, la possibilité pour l'administration fiscale ou celle des douanes de saisir le juge des libertés et de la détention, respectivement sur le fondement des articles L. 16 B et L. 38 du livre des procédures fiscales, afin d'être autorisées à procéder à des visites domiciliaires et à des saisies, se présente en réalité comme une mesure d'instruction destinée à rechercher des preuves d'une fraude suspectée, lesquelles seront appréciées ensuite par les services intéressés, le cas échéant sous le contrôle du juge de l'impôt.

Ainsi, en application de l'article L. 16 B, le juge des libertés et de la détention peut-il être saisi par l'administration fiscale et l'autoriser à procéder à des visites et saisies afin de rechercher la preuve qu'un contribuable se soustrait à l'établissement ou au paiement des impôts sur le revenu ou sur les bénéfices ou de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) en se livrant à des achats ou à des ventes sans facture, en utilisant ou en délivrant des factures ou des documents ne se rapportant pas à des opérations réelles ou en omettant sciemment de passer ou de faire passer des écritures ou en passant ou en faisant passer sciemment des écritures inexactes ou fictives dans des documents comptables dont la tenue est imposée par le code général des impôts.

Les mêmes possibilités sont offertes aux services des douanes par l'article L. 38 en ce qui concerne les infractions aux dispositions du titre III de la première partie du livre premier du code général des impôts et aux législations édictant les mêmes règles en matière de procédure et de recouvrement.

Pour l'application de l'article L. 16 B, il est nécessaire que le juge des libertés et de la détention « estime qu'il existe des présomptions qu'un contribuable se soustrait à l'établissement ou au paiement [des impositions visées par cet article] », alors que, pour l'article L. 38, le juge doit vérifier de manière concrète que la demande d'autorisation qui lui est soumise est bien fondée, cette demande devant comporter tous les éléments d'information en possession de l'administration de nature à justifier la visite.

La chambre commerciale a en conséquence précisé, pour la mise en œuvre de ces dispositions, que l'ordonnance en elle-même devait comporter la preuve que le juge a bien procédé à une analyse concrète des éléments, des présomptions que l'administration a présentées. Ainsi, après une chambre mixte (15 décembre 1988, pourvoi n° 87-19.159, *Bull.* 1988, Ch. mixte, n° 4), ayant affirmé que le juge, qui avait autorisé des visites et saisies dans les locaux, voitures et coffres-forts de M. X…, ne pouvait se borner à retenir que les informations fournies laissaient présumer que la société dont ce dernier était administrateur se soustrayait au paiement de l'impôt sur les bénéfices et de la TVA et qu'elle avait omis sciemment de faire passer des écritures en comptabilité, parce que de tels motifs ne permettaient pas à la Cour de cassation de contrôler s'il avait été procédé de façon concrète à la vérification du bien-fondé de la demande, la chambre commerciale a elle-même précisé que le juge doit vérifier de manière concrète, par l'appréciation des éléments d'information que l'administration fiscale est tenue de lui fournir, que la demande d'autorisation qui lui est soumise est bien fondée (Com., 21 mars 1989, pourvoi n° 87-18.918, *Bull.* 1989, IV, n° 96). Cette position a été réaffirmée constamment (Com., 1er octobre 1996, pourvoi n° 94-12.378, *Bull.* 1996, IV, n° 220 ; Com., 6 avril 1999, pourvoi n° 97-30.271) et s'accompagne de l'affirmation régulière que le juge apprécie souverainement les présomptions de fraude (Com., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-21.017, *Bull.* 2009, IV, n° 162 ; Com., 9 mars 2010, pourvoi n° 09-14.707, *Bull.* 2010, IV, n° 50).

§ 3. Saisies-contrefaçon

L'article L. 716-7-1 du code de la propriété intellectuelle, issu de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, transposant l'article 8 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, dispose que « si la demande lui en est faite, la juridiction saisie d'une procédure civile prévue au [titre « Marques de fabrique, de commerce ou de service »] peut ordonner, au besoin sous astreinte, afin de déterminer l'origine et les réseaux de distribution des produits contrefaisants qui portent atteinte aux droits du demandeur, la production de tous documents ou informations détenus par le défendeur ou par toute personne qui a été trouvée en possession de produits contrefaisants ou qui fournit des services utilisés dans des activités de contrefaçon ou encore qui a été signalée comme intervenant dans la production, la fabrication ou la distribution de ces produits ou la fourniture de ces services. La production de documents ou d'informations peut être ordonnée s'il n'existe pas d'empêchement légitime ».

Dans une décision du 13 décembre 2011 (pourvoi n° 10-28.088, *Bull.* 2011, IV, n° 209), la chambre commerciale juge que « les dispositions de l'article L. 716-7-1 du code de la propriété intellectuelle permettent au juge de la mise en état d'ordonner les mesures qu'il prévoit, avant toute décision sur la matérialité de la contrefaçon ».

La difficulté résidait dans le fait que la directive précitée et l'article L. 716-7-1 du code de la propriété intellectuelle font référence à des produits ou services contrefaisants et non argués de contrefaçon, tout en visant un droit d'information dans le cadre d'une action pour atteinte à un droit de propriété intellectuelle et notamment à une marque.

La solution adoptée favorise la lutte contre la contrefaçon mais les mesures doivent s'appliquer sans préjudice d'autres dispositions législatives ou réglementaires et, en conséquence, répondre à une demande justifiée et proportionnée du requérant, respecter les droits de la défense et être assorties de garanties nécessaires, y compris la protection des renseignements confidentiels ou le traitement des données à caractère personnel.

Dans un rapport du 31 mars 2011 (*Respect des droits de propriété intellectuelle. Réponse de la CCIP à la consultation de la Commission européenne sur l'application de la directive du 29 avril 2004*, rapport de M. Jérôme Frantz, 31 mars 2011 [disponible sur www.ccip.fr]), la chambre de commerce et d'industrie de Paris indique qu'« il faudrait […] se garder de considérer la saisie-contrefaçon comme un préalable au droit d'information, les deux mécanismes ayant des finalités différentes. En effet, ce dernier vise à déterminer l'origine et les réseaux de distribution des produits argués de contrefaçon, et non à contribuer à la preuve de la contrefaçon. En matière de propriété intellectuelle, cette preuve sera généralement établie par une saisie-contrefaçon. La procédure du droit d'information ne doit donc pas être utilisée comme un moyen d'éviter aux parties de prouver la contrefaçon alléguée ».

Toutefois, même si la saisie-contrefaçon ne confère pas un pouvoir d'enquête, la nouvelle rédaction de l'article L. 615-5 du code de propriété intellectuelle, issue de la loi n° 2007-1544 précitée, a autorisé la saisie de tout document se rapportant aux « produits ou procédés prétendus contrefaisants », sans qu'il soit précisé qu'il s'agit uniquement des documents relatifs à la matérialité de la contrefaçon.

Par ailleurs, la construction jurisprudentielle de l'empêchement légitime est proche de celle mettant en œuvre l'article 10 du code civil, renvoyant au secret des affaires ou au respect de la vie privée. Cette exception ne figure pas dans la directive n° 2004/48 et est reprise de l'article 11 du code de procédure civile. Si l'on s'en tient à la jurisprudence développée en application de ce texte, un tiers pourra opposer au titre de l'empêchement légitime le secret bancaire ou le secret médical. Sans doute faut-il ajouter les cas de franchise prévus par l'article L. 613-5 du code de la propriété intellectuelle, comme les actes accomplis à des fins non commerciales ou à titre expérimental.

Section 2 – Mesures d'instruction dans le cadre d'une procédure pénale

C'est dans le secret que le juge pénal doit mener son instruction (§ 1) tout en garantissant les droits des parties (§ 2).

§ 1. Secret des mesures d'instruction

Suivant les dispositions de l'article 11 du code de procédure pénale : « Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète. Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. »

La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, consacrant le principe issu de la jurisprudence selon lequel le secret n'est pas opposable au ministère public, a complété l'article 11 en ces termes : « Toutefois, afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut, d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause. »

L'article 11-1 du code de procédure pénale, issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, ajoute : « Sur autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction selon les cas, peuvent être communiqués à des autorités ou organismes habilités à cette fin par arrêté du ministre de la justice […] des éléments des procédures judiciaires en cours permettant de réaliser des recherches ou enquêtes scientifiques ou techniques, destinées notamment à prévenir la commission d'accidents, ou de faciliter l'indemnisation des victimes ou la prise en charge de la réparation de leur préjudice. Les agents de ces autorités ou organismes sont alors tenus au secret professionnel en ce qui concerne ces infractions, dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. »

Au-delà de l'article 11 du code de procédure pénale qui est général, l'article 98 du code de procédure pénale sanctionne le délit de divulgation de documents saisis, et l'article 434-7-2 du code pénal incrimine les personnes qui révèlent sciemment des informations connues du fait de leurs fonctions.

Ce principe du secret de l'information, absolu sous l'Ancien Régime, a été aboli par la loi des 16-29 septembre 1791. Aucune disposition sur le secret n'a été insérée dans le code d'instruction criminelle, mais la Cour de cassation, dès le premier arrêt rendu en la matière, a décidé que la procédure était secrète (Crim., 19 mai 1827, *Bull. crim.* 1827, n° 120, p. 428).

En application de l'article 11 du code de procédure pénale, seules les phases d'enquête et d'instruction sont soumises au secret, de sorte que ce dernier cesse notamment devant la juridiction de jugement, dont les débats sont publics.

S'agissant des personnes concourant à la procédure sont inclus les magistrats, auditeurs de justice, greffiers, officiers de police judiciaire, experts et interprètes. Ne sont pas soumis au respect de ce secret les personnes mises en examen, les témoins et victimes, les parties civiles (Crim., 9 octobre 1978, pourvoi n° 76-92.075, *Bull. crim*. 1978, n° 263, *D*. 1979, p. 185, note P. Chambon, *Gaz. pal*. 1979, p. 246 ; *Rev. sc. crim*. 1979, p. 560, note G. Levasseur), les personnes civilement responsables et les journalistes.

Les avocats sont quant à eux tenus au respect des règles de leur profession et donc au secret professionnel. L'article 160 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant

la profession d'avocat prévoyait à ce titre : « L'avocat, en toute matière, ne doit commettre aucune divulgation contrevenant au secret professionnel. Il doit, notamment, respecter le secret de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des renseignements extraits du dossier ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une information en cours. »

La jurisprudence a retenu, en application de cet article, que :
– le délit de violation du secret professionnel est caractérisé à l'encontre de l'avocat de la personne mise en examen qui a sciemment révélé à une personne étrangère à la procédure le contenu d'un acte couvert par le secret de l'instruction (Crim., 18 septembre 2001, pourvoi nº 00-86.518, *Bull. crim.* 2001, nº 179, *D.* 2001, IR p. 3171, Crim., 20 juin 2006, pourvoi nº 05-83.659, *Bull. crim.* 2006, nº 183, *Dr. pénal* nº 10, octobre 2006, p. 12-13, note M. Véron), fût-ce à la demande de son client, (Crim., 27 octobre 2004, pourvoi nº 04-81.513, *Bull. crim.* 2004, nº 259) ;
– l'avocat ne peut communiquer à quiconque, sauf à son client pour les besoins de sa défense, des renseignements concernant des procédures pénales (Crim., 18 décembre 2001, pourvoi nº 01-84.170, *Bull. crim.* 2001, nº 273, *JCP* nº 10, 6 mars 2002, IV, 1394).

L'article 5 du décret nº 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, qui a abrogé l'article 160 susvisé, dispose dorénavant que « L'avocat respecte le secret de l'enquête et de l'instruction en matière pénale, en s'abstenant de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense, des renseignements extraits du dossier, ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une enquête ou une information en cours. Il ne peut transmettre de copies de pièces ou actes du dossier de la procédure à son client ou à des tiers que dans les conditions prévues à l'article 114 du code de procédure pénale ».

L'article 25 du décret nº 2007-932 du 15 mai 2007 modifie cet article 5 en visant l'abstention par l'avocat de communiquer ces mêmes éléments de l'enquête « sauf pour l'exercice des droits de la défense » (la mention « sauf à son client » est supprimée).

La chambre criminelle a décidé que justifiait sa décision l'arrêt qui, pour entrer en voie de condamnation contre un avocat du chef de violation du secret professionnel, retient que l'obligation au secret professionnel résultant de l'article 160 du décret du 27 novembre 1991 précité, applicable à la date des faits, consistant notamment à s'abstenir de communiquer, sauf pour l'exercice des droits de la défense, des renseignements extraits du dossier ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une information en cours, n'a pas été abolie par le décret du 15 mai 2007 portant diverses dispositions relatives à la profession d'avocat (Crim., 28 octobre 2008, pourvoi nº 08-81.432, *Bull. crim.* 2008, nº 215).

Mais dans la procédure ayant donné lieu à cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme, par une décision du 15 décembre 2011 (Mor c. France, requête nº 28198/09), a jugé contraire à l'article 10 de la Convention (liberté d'expression) la condamnation pour violation du secret professionnel d'une avocate qui s'était exprimée dans la presse à propos d'un rapport d'expertise couvert par le secret de l'instruction.

Il ressort toutefois de cet arrêt que :
– les informations divulguées s'inscrivaient dans le contexte d'un débat général et pour l'exercice des droits de la défense des clients de ce Conseil ;

– la liberté d'expression d'un avocat dans un contexte médiatique n'est élargie que si cet avocat n'est pas à l'origine de la médiatisation de l'affaire par une violation du secret professionnel.

Les journalistes ne sont pas liés par le secret de l'instruction et disposent de la liberté de l'information. Toutefois ils peuvent être reconnus coupables d'infractions en lien avec le secret de l'instruction. Ainsi la chambre criminelle admet « qu'ayant constaté que les pièces offertes en preuve étaient des éléments d'une procédure d'information alors en cours, les juges, devant qui les prévenus journalistes, qui n'étaient pas parties à ladite procédure, n'ont pas soutenu que ces documents leur aient été régulièrement communiqués, étaient fondés à relever que ceux-ci n'avaient pu leur parvenir qu'en violation de l'article 11 du code de procédure pénale et à les écarter des débats » (Crim., 6 juin 1990, pourvoi n° 89-84.785).

Par ailleurs, pour la chambre criminelle, dès que l'acte est réalisé, il est couvert par le secret même s'il n'est pas encore versé au dossier (Crim., 13 novembre 2001, pourvoi n° 00-83.382 : photographies prises par la police judiciaire au cours de filatures réalisées dans le cadre de l'enquête préliminaire ne figurant pas dans le dossier d'instruction au moment où elles ont été rendues publiques).

La chambre criminelle considère également que constitue le délit de recel en violation du secret de l'enquête et de l'instruction le fait pour des journalistes d'utiliser, en vue de leur publication, des photographies provenant des services de l'identité judiciaire et de la gendarmerie, concernant des procédures en cours ou clôturées par une ordonnance de non-lieu, peu important que les circonstances du délit dont provient l'objet n'aient pas été entièrement déterminées, dès lors que les prévenus avaient connaissance de l'origine délictueuse des documents par eux détenus (Crim., 13 mai 1991, pourvoi n° 90-83.520, *Bull. crim.* 1991, n° 200). Cependant, un journaliste ne peut être déclaré coupable de recel de violation du secret de l'instruction au motif qu'il a détenu et produit en justice des copies de pièces issues d'une information pénale en cours, sans rechercher si, en l'espèce, la production de ces pièces par l'intéressé n'avait pas été rendue nécessaire pour sa défense dans une instance engagée à son encontre (Crim., 11 juin 2002, pourvoi n° 01-85.237, *Bull. crim*. 2002, n° 132).

Enfin, au visa des articles 6 § 1 et 10 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la chambre criminelle a introduit un contrôle de proportionnalité. Ainsi, elle juge que « le droit à un procès équitable et la liberté d'expression justifient que la personne poursuivie du chef de diffamation soit admise à produire, pour les nécessités de sa défense, les pièces d'une information en cours de nature à établir sa bonne foi ou la vérité des faits diffamatoires » (en l'espèce, des rapports d'expertise judiciaire tirés d'une information en cours), de sorte que « l'atteinte alléguée à la présomption d'innocence ne pouvait faire obstacle à ce que la journaliste prévenue produise, pour les nécessités de sa défense, les pièces d'où étaient tirées les informations rapportées dans l'article incriminé […] » (Crim., 11 février 2003, pourvois n° 01-86.696 et n° 01-86.685, *Bull. crim.* 2003, n° 29). Par ailleurs, en application de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la limite à la liberté d'expression est justifiée « par les impératifs de protection des droits d'autrui, au nombre desquels figure la présomption d'innocence, par la préservation d'informations confidentielles, ainsi que par la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire » (Crim., 19 juin 2001, pourvoi n° 99-85.188,

Bull. crim. 2001, n° 149, *D.* 2001, p. 2538, note B. Beignier et B. de Lamy), surtout si la publication contestée ne répond à aucune nécessité d'informer le lecteur (Crim., 25 octobre 2005, pourvoi n° 05-81.457, *Bull. crim.* 2005, n° 268).

La violation du secret de l'instruction n'est pas sanctionnée par une nullité (Crim., 24 avril 1984, *D.* 1986, p. 125, note J. Cosson ; Crim., 7 décembre 1995, pourvoi n° 95-80.289), sauf atteinte aux intérêts de la partie concernée (Crim., 19 juin 1995, *Dr. pén.* 1995, comm. 239 par A. Maron). Ainsi la Cour de cassation a-t-elle jugé que « la violation du secret de l'instruction, non pas postérieure, mais concomitante à l'accomplissement d'un acte de la procédure, ne peut conduire à son annulation que s'il en est résulté une atteinte aux intérêts d'une partie » (Crim., 25 janvier 1996, pourvoi n° 95-85.560, *Bull. crim.* 1996, n° 51). En tout état de cause, cette violation ouvre droit, pour celui qui s'en prétend victime, au recours prévu par l'article 9-1 du code civil (Crim., 30 avril 1996, pourvoi n° 96-80.829, *Bull. crim.* 1996, n° 183).

§ 2. Modalités de l'instruction

Le magistrat instructeur dispose de moyens d'investigation qui vont bien au-delà de ceux dont disposent les parties dans un procès civil. Les pouvoirs qui en résultent pour le juge sont donc encadrés afin d'assurer le respect des droits des parties. S'il est contraint de demeurer dans le cadre de l'enquête dont il est saisi (A), le juge peut librement recourir aux modes de preuve qui lui paraissent les plus appropriés (B).

A. Encadrement de l'objet des investigations

Selon l'article 143 du code de procédure civile, « les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible ». Il résulte de l'article 144 qu'une mesure d'instruction ne peut être ordonnée si le juge dispose d'éléments suffisants pour statuer. La doctrine déduit traditionnellement de ces textes qu'une mesure d'instruction ne peut être ordonnée que si elle est légale, utile et pertinente, et présente un rapport avec le litige. Sous cette triple condition, imposée à toute mesure d'instruction, le juge apprécie souverainement la nécessité et l'opportunité du recours à une mesure d'instruction.

La chambre criminelle a jugé que, sauf dispositions contraires, les règles de la procédure civile sont applicables devant le premier président de la cour d'appel statuant, en application de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, sur le contentieux des visites domiciliaires autorisées par le juge des libertés et de la détention en vue de la recherche de preuves de pratiques anticoncurrentielles (Crim., 8 septembre 2010, pourvoi n° 09-84.467, *Bull. crim*. 2010, n° 132). La Cour de cassation statuant en assemblée plénière a également jugé que, sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence (Ass. plén., 7 janvier 2011, pourvoi n° 09-14.316, *Bull*. 2011, Ass. plén., n° 1).

Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité critiquant l'impossibilité pour le juge, sur le fondement de l'article L. 450-4 du code de commerce, de contrôler la proportionnalité des procédés techniques employés pour effectuer la sélection de données informatiques, la chambre criminelle a dit qu'elle ne présentait pas un caractère

sérieux en ce que « les droits dont la méconnaissance est invoquée sont garantis tout au long de la procédure, par l'intervention d'un juge judiciaire dont les décisions motivées sont soumises à un recours effectif et à qui il appartient d'assurer la conciliation entre les droits et libertés visés dans la question et les nécessités de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles » (Crim., 19 octobre 2011, pourvoi n° 10-88.194).

Par un arrêt du 30 novembre 2011, la chambre criminelle a réaffirmé la légalité des saisies totales de fichiers indivisibles, pourvu, d'une part, qu'ils soient « susceptibles de contenir des éléments relatifs à l'objet de l'opération autorisée » et que, d'autre part, le propriétaire des fichiers ait été mis « en mesure de connaître le contenu des données appréhendées et de solliciter la restitution des documents protégés », notamment ceux qui sont liés à « l'exercice de la défense » (Crim., 30 novembre 2011, pourvoi n° 10-81.749, *Bull. crim*. 2011, n° 243). Le premier président de la cour d'appel, saisi d'un recours contre une saisie informatique globale, n'était pas fondé à annuler la saisie dans son ensemble au motif que des pièces sans rapport avec l'objet de la mesure de visite et saisie avaient pu être appréhendées. Le juge doit exercer un contrôle effectif sur ces saisies en vérifiant qu'elles sont conformes à l'autorisation donnée et qu'elles ont un rapport avec l'objet de l'enquête des fonctionnaires.

Par trois arrêts rendus le 11 janvier 2012 au visa de l'article L. 450-4 du code de commerce, ensemble l'article 143 du code de procédure civile, la chambre criminelle a dit que « seuls les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet d'une mesure d'instruction » (Crim., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-88.197, *Bull. crim*. 2012, n° 10 ; pourvoi n° 10-88.193 ; pourvoi n° 10-88.194). Ces arrêts se situent dans le fil d'une jurisprudence inaugurée par un arrêt de la chambre criminelle du 16 juin 2011 (Crim., 16 juin 2011, pourvoi n° 11-80.345, *Bull. crim*. 2011, n° 135). Il s'ensuit que le juge, saisi d'un recours contre une opération de visite et saisie, ne peut ordonner une mesure d'instruction sur la sécabilité d'une messagerie électronique, une telle mesure étant sans rapport concret avec le litige.

On relèvera que la Cour européenne des droits de l'homme, dans une décision du 3 juillet 2012 concernant des opérations de visite et saisie ordonnées par un juge d'instruction dans le cabinet d'un avocat viennois, soupçonné dans le cadre d'une procédure pénale dirigée contre lui de faits de malversations et de fraudes à l'encontre de deux clients, a relevé que le mandat de perquisition avait été rédigé en termes très larges et autorisait de manière générale et illimitée la visite et la saisie de documents et ordinateurs personnels, sans cantonner les saisies aux seuls supports concernant les données relatives aux deux clients de l'avocat. La Cour, constatant des manquements dans la limitation de la portée du mandat, relève que la façon dont la juridiction a exercé son contrôle dans cette affaire ne lui permet pas d'établir si la recherche de l'ensemble des données informatiques était proportionnée dans les circonstances de l'espèce et conclut à la violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, 3 juillet 2012, Robathin c. Autriche, requête n° 30457/06).

Le juge des libertés et de la détention qui, en application de l'article L. 450-4 du code de commerce, autorise les agents de l'Autorité de la concurrence à visiter les locaux d'une entreprise, peut prendre en considération les déclarations contenues dans une demande de clémence sans révéler, dans son ordonnance, le nom de leur auteur (Crim., 7 mars 2012, pourvoi n° 11-80.127).

B. Liberté des modes d'investigation

L'article 427, alinéa 1er, du code de procédure pénale prévoit que « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ». S'opposent ainsi le système de la preuve légale et celui de la preuve libre. Ce dernier est de principe en droit pénal (1), bien qu'il rencontre quelques limites (2).

1. Principe

Au principe de la libre administration de la preuve répond celui de la liberté d'appréciation du juge d'instruction, qui, en application de l'article 81 du code de procédure pénale, « procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité ».

Le principe de liberté ainsi affirmé, dont la finalité est de permettre « la manifestation de la vérité », trouve son corollaire dans le principe selon lequel le juge instruit « à charge et à décharge », dans le respect de la loi. Le droit reconnu aux parties de demander des actes équilibre ainsi la large liberté d'appréciation reconnue au juge d'instruction dans le choix des actes utiles à la manifestation de la vérité.

Si, par principe, un plaignant a droit de voir sa cause jugée, le procureur peut prendre, en application de l'article 86, alinéa 4, du code de procédure pénale, des réquisitions de non-lieu et le juge rendre une ordonnance conforme, dès lors que des investigations ont été conduites sur des faits identiques après le dépôt d'une plainte simple et antérieurement au dépôt de plainte avec constitution de partie civile, et qu'elles ont permis de révéler l'inanité de la dénonciation entreprise et le caractère manifestement abusif de ladite plainte (Crim., 3 mars 2009, pourvoi no 08-84.521, *Bull. crim*. 2009, no 49). Un non-lieu *ab initio*, sans que le juge d'instruction ait lui-même pris le moindre acte tendant à la manifestation de la vérité, est donc possible.

Les parties peuvent, conformément à l'article 82-1 du code de procédure pénale, demander qu'il soit procédé à tous actes qui leur paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité, pourvu qu'il s'agisse d'actes déterminés. Le juge, s'il n'entend pas y faire droit, rend une ordonnance motivée.

En application de l'article 186-1, les parties peuvent interjeter appel des ordonnances rendues par le juge d'instruction. Dans ce cas, le président de la chambre de l'instruction décide, par une ordonnance qui n'est pas susceptible de recours, s'il y a lieu ou non de saisir la chambre de l'instruction de cet appel. Il est procédé de même dans le cas où le juge d'instruction n'a pas statué sur la demande d'acte dans le délai d'un mois (article 81). Le président statue en droit et en fait et peut aussi apprécier l'opportunité d'exécuter l'acte demandé. Un recours en cassation contre la décision de rejet rendue par le président de la chambre de l'instruction doit être déclaré irrecevable (Crim., 6 juin 1973, pourvoi no 73-91.284, *Bull. crim*. 1973, no 257), sauf cas d'excès de pouvoir (Crim., 4 avril 2007, pourvoi no 07-80.929, *Bull. crim*. 2007, no 107).

En revanche, les ordonnances prescrivant des actes d'instruction ne sont pas susceptibles d'appel, la partie civile ne pouvant critiquer une mesure légalement ordonnée par le juge dans le but unique d'arriver à la manifestation de la vérité et prise dans

la limite de ses attributions (Crim., 5 août 1932, *Bull. crim*. 1932, n° 199, p. 379), ainsi de l'ordonnance prescrivant un complément d'expertise (même arrêt).

Ces dispositions concrétisent ainsi tant la liberté du juge d'instruction d'instruire en vue de la manifestation de la vérité, dont le président de la chambre de l'instruction est érigé en gardien, que le droit des parties de concourir à cette manifestation par des demandes d'actes « à charge et à décharge ».

2. Limites

a. Limites spéciales

Les limites peuvent, en premier lieu résulter de dispositions spéciales. Dans ces cas, la preuve légale chasse l'intime conviction du juge. Ainsi, si en principe les procès-verbaux de police ont valeur de simples renseignements (article 430 du code de procédure pénale), en matière de contraventions, ils ont une valeur probante renforcée en application de l'article 537 du code de procédure pénale : la preuve contraire, celle donc de l'inexactitude des faits constatés, ne peut être rapportée que par écrit ou par témoins, et non par simple dénégation. Cette disposition n'est pas incompatible avec l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Crim., 14 mars 2001, pourvoi n° 00-85.377) et est conforme à la Constitution dès lors que la présomption de culpabilité ainsi instituée ne revêt pas de caractère irréfragable et que le respect des droits de la défense est assuré (Crim., 13 septembre 2011, QPC n° 11-90.077).

Ainsi également, le délit prévu à l'article L. 235-I, I, alinéa 1er, du code de la route, qui incrimine le fait pour toute personne de conduire un véhicule ou d'accompagner un élève conducteur alors qu'il résulte d'une analyse sanguine qu'elle a fait usage de substances ou plantes classées comme stupéfiants, ne peut être prouvé que par analyse sanguine. Si celle-ci est irrégulière, le juge ne peut fonder la déclaration de culpabilité du prévenu sur son aveu d'avoir consommé du cannabis préalablement à la conduite de son véhicule (Crim., 15 février 2012, pourvoi n° 11-84.607, *Bull. crim*. 2012, n° 48).

b. Limites générales

La preuve peut être librement administrée par le juge d'instruction, à condition cependant qu'elle le soit de façon loyale, de sorte qu'il ne soit pas porté atteinte au droit des personnes mises en examen à un procès équitable. Il est fondamentalement interdit au juge de tenter d'obtenir des preuves à l'aide d'un « artifice ou stratagème ayant vicié la recherche et l'établissement de la vérité ». Dans une affaire concernant la saisie de documents se rapportant à une enquête ouverte par les autorités ecclésiastiques selon la procédure canonique, régie par des règles fondées « sur un secret absolu » et qui incitent « les personnes entendues à la confidence », il a été jugé que « l'obligation imposée aux ministres du culte de garder le secret des faits dont ils ont connaissance dans l'exercice de leur ministère ne fait pas obstacle à ce que le juge d'instruction procède à la saisie de tous documents pouvant être utiles à la manifestation de la vérité » et que la saisie pratiquée ne révélait pas « l'existence d'un artifice ou stratagème ayant vicié la recherche et l'établissement de la vérité » (Crim., 17 décembre 2002, pourvoi n° 02-83.679, *Bull. crim*. 2002, n° 231).

En revanche, dans une affaire où un juge d'instruction avait fait procéder, sur commission rogatoire, à l'audition, par les gendarmes, d'un témoin qui avait été placé, avec son consentement, sous hypnose par un expert désigné par le magistrat, la chambre criminelle a jugé, au visa des articles 81, 101 à 109 du code de procédure pénale, que si le juge d'instruction peut procéder ou faire procéder à tous actes d'information utiles à la manifestation de la vérité, l'audition en cause avait été effectuée en violation des dispositions légales relatives aux modes d'administration de la preuve et avait compromis l'exercice des droits de la défense (Crim., 12 décembre 2000, pourvoi n° 00-83.852, *Bull. crim*. 2000, n° 369 ; voir également Crim., 28 novembre 2001, pourvoi n° 01-86.467, *Bull. crim*. 2001, n° 248).

Il est permis au juge cependant, dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée, de faire procéder à une infiltration. Dans ce cas, conformément à l'article 706-82 du code de procédure pénale, les personnes infiltrées peuvent, sans être pénalement responsables de ces actes, notamment, « acquérir, détenir, transporter, livrer ou délivrer des substances, biens, produits, documents ou informations tirés de la commission des infractions ou servant à la commission de ces infractions ». Toutefois, en application de l'article 706-81, « à peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions » (Crim., 30 octobre 2006, pourvois n° 06.86-175 et n° 06.86-176 [2 arrêts] ; voir, également, Crim., 7 février 2007, pourvoi n° 06-87.753, *Bull. crim*. 2007, n° 37 ; Crim., 4 juin 2008, pourvoi n° 08-81.045, *Bull. crim*. 2008, n° 141).

Il est également permis au juge de recourir, sous réserve du respect du principe de loyauté de la preuve, à des techniques d'investigation nouvelles et par suite innommées. Le recours à la technique de la géolocalisation en fournit un exemple.

Par un arrêt du 2 septembre 2010, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la surveillance par géolocalisation (GPS) au cours d'une enquête portant sur des infractions très graves ne méconnaît pas le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention, sous réserve de l'existence d'une base légale suffisante rendant la mesure suffisamment prévisible, de l'existence de garanties suffisantes contre les abus, telles que l'existence d'un contrôle judiciaire de la mesure pouvant conduire à l'exclusion des débats des éléments recueillis illégalement, enfin de la proportionnalité de la mesure aux buts légitimes poursuivis et qu'elle était donc, telle qu'effectuée dans les circonstances de l'espèce, « "nécessaire dans une société démocratique" au sens de l'article 8 § 2 » (CEDH, 2 septembre 2010, Uzun c. Allemagne, requête n° 35623/05).

Une cour d'appel a retenu, d'une part, que l'installation d'un dispositif de géolocalisation permettant de suivre et de relever les déplacements d'un véhicule a pour fondement l'article 81 du code de procédure pénale, que, d'autre part, en l'espèce, cette surveillance avait été effectuée sous le contrôle d'un juge, constituant une garantie suffisante contre l'arbitraire, qu'enfin, elle était proportionnée au but poursuivi, s'agissant d'un important trafic de stupéfiants en bande organisée, et nécessaire au sens de l'article 8 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La chambre criminelle a confirmé cette décision et validé le recours à cette technique d'investigation, précisant que les juges avaient caractérisé la prévisibilité et l'accessibilité de la loi ainsi que la proportionnalité de l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée des requérants (Crim., 22 novembre 2011, pourvoi n° 11-84.308, *Bull. crim*. 2011, n° 234).

Les actes d'investigation régis par des dispositions particulières ne peuvent eux-mêmes être effectués que dans le respect du principe de loyauté. On trouve des illustrations de ce point dans le cas de l'application de mesures d'investigation aux avocats : par principe, « le droit, pour l'accusé, de communiquer avec son avocat hors de portée d'ouïe d'un tiers figure parmi les exigences élémentaires du procès équitable dans une société démocratique et découle de l'article 6 § 3 c) de la Convention » (CEDH, gde ch., 2 novembre 2010, Sakhnovski c. Russie, requête n° 21272/03).

Il résulte des articles 97 et 99 du code de procédure pénale et de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que le juge d'instruction peut s'opposer à la restitution de documents saisis dans le cabinet d'un avocat et couverts par le secret professionnel, dès lors que leur maintien sous la main de justice en vue d'apprécier l'existence d'infractions pénales est nécessaire à la manifestation de la vérité et qu'il ne porte pas atteinte aux droits de la défense (Crim., 30 juin 1999, pourvoi n° 97-86.318, *Bull. crim*. 1999, n° 172).

Dans le cas d'écoutes téléphoniques, la conversation entre un avocat et son client, protégée par la confidentialité, ne peut être transcrite et versée au dossier de la procédure, même si elle est surprise à l'occasion d'une mesure d'instruction régulière, que s'il apparaît que son contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à une infraction (Crim., 18 janvier 2006, pourvoi n° 05-86.447, *Bull. crim*. 2006, n° 22).

Dans une affaire où le requérant, suspecté d'avoir enlevé un enfant, avait passé des aveux après avoir été menacé, alors qu'il était menotté, de tortures, par un inspecteur de police qui voulait lui faire avouer l'endroit où il séquestrait sa victime, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que « le principe philosophique qui sous-tend le caractère absolu du droit consacré à l'article 3 ne souffre aucune exception, aucun facteur justificatif et aucune mise en balance d'intérêts, quels que soient les agissements de la personne concernée et la nature de l'infraction qui pourrait lui être reprochée » (CEDH, 1er juin 2010, Gäfgen c. Allemagne, requête n° 22978/05). De façon générale, des éléments de preuve rassemblés au moyen d'actes de torture ne doivent jamais, qu'elle qu'en soit la force probante, être invoqués pour prouver la culpabilité de la personne qui en a été victime, sauf à légitimer indirectement cette conduite (CEDH, 11 juillet 2006, Jalloh c. Allemagne, requête n° 54810/00).

Selon une jurisprudence constante de la chambre criminelle, une partie peut produire comme preuve à la procédure pénale une pièce qu'elle a obtenue de façon déloyale ou de manière illicite, tant que le principe du contradictoire est respecté. Ont ainsi été admis des enregistrements de conversations privées, qui « ne sont pas en eux-mêmes des actes ou des pièces de l'information, au sens de l'article 170 du code de procédure pénale, et comme tels, susceptibles d'être annulés, mais des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement ». En outre, « la transcription de ces enregistrements, qui a pour seul objet d'en matérialiser le contenu, ne peut davantage donner lieu à annulation » (Crim., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-85.464, *Bull. crim*. 2012, n° 27). Le fait qu'une partie des enregistrements ait concerné des conversations tenues entre un avocat et sa cliente ne fait pas non plus obstacle à la production de leur retranscription (même arrêt). Dans le même sens, on peut également consulter une décision de la chambre criminelle du 7 mars 2012 : saisie d'une requête en annulation de l'ensemble des actes de procédure relatifs à des enregistrements réalisés de sa propre initiative par un ancien salarié au motif qu'un tel enregistrement, réalisé à l'insu de la personne du dirigeant

de la société, constituait un procédé déloyal, méconnaissant le droit à un procès équitable, une chambre de l'instruction a énoncé qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de manière illicite ou déloyale et que la jurisprudence européenne ne réglemente pas l'admissibilité des preuves, qui relève du droit interne. La chambre criminelle a décidé que la chambre de l'instruction, par cette motivation, avait justifié sa décision sans méconnaître l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ni l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dès lors que les enregistrements contestés ne sont pas eux-mêmes des actes ou pièces de l'information, au sens de l'article 170 du code de procédure pénale et comme tels susceptibles d'être annulés, mais des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement (Crim., 7 mars 2012, pourvoi n° 11-88.118, *Bull. crim*. 2012, n° 64).

Chapitre 2 – Expertises

L'utilisation de techniques toujours plus complexes et plus spécialisées, mobilisant des savoirs non juridiques, requiert, pour leur bonne compréhension, l'éclairage d'un sachant.

Le recours à celui-ci peut, même lorsqu'il n'est pas obligatoire, être fréquent en certaines disciplines comportant l'utilisation de techniques complexes (section 1). En d'autres hypothèses, le recours à l'expertise est une obligation pour le juge, il ne s'agit alors plus d'une simple aide à la décision, mais d'un élément de celle-ci (section 2).

En matière pénale enfin, la recherche de la preuve est en grande partie menée par le juge, ce qui influe sur le régime de l'expertise (section 3).

Section 1 – Expertise aide à la décision

Dans certains domaines particulièrement techniques, tels que la construction immobilière (§ 1) ou la gestion d'entreprise (§ 2), le recours à l'expert est une aide presque incontournable pour le juge. Elle n'est cependant pas obligatoire.

§ 1. Expertise en matière de construction

L'apparition de matériaux nouveaux, la recherche effrénée de prouesses architecturales, les exigences actuelles, parfois contradictoires, de performance, d'économie, de protection de l'environnement et de sécurité ont pour conséquence, outre de mobiliser toujours plus d'intervenants distincts, d'entourer l'acte de construire d'une complexité technique sans précédent.

Et cet acte de construire s'inscrit dans un cadre juridique qui reflète cette évolution, riche de très nombreuses normes portées par les articles 1792 et suivants du code civil, le code de la construction, le code de l'urbanisme, des textes spécifiques à la sous-traitance et à l'assurance, textes tendant à favoriser la bonne fin du projet et à créer des

garanties, en particulier au bénéfice du maître de l'ouvrage. À ces règles, que l'on peut qualifier de traditionnelles, s'en ajoutent de nouvelles issues du droit de l'environnement.

Ce nouveau contexte « technico-juridique » n'est évidemment pas resté sans conséquence pour le juge.

Outre qu'elle a engendré, mécaniquement pourrait-on dire, un plus grand nombre de litiges, la complexification du droit et du fait en matière de construction a obligé les juridictions à recourir à la fois davantage et différemment à l'expertise.

A. Développement de l'expertise

Il est à constater que le juge aujourd'hui saisi d'un litige relatif à une construction, achevée, en cours d'achèvement ou même simplement promise, désigne quasi systématiquement un expert. Le développement de l'expertise est la conséquence de l'accroissement des litiges complexes et du développement du contentieux des responsabilités objectives dont la mise en jeu résulte automatiquement de la constatation d'un fait.

Plus généralement, les qualifications auxquelles le juge doit se livrer pour trancher le différend impliquent que soient établis, en amont, des faits, des événements ou des dommages : le litige porte-t-il sur un « ouvrage » au sens de la loi ? Y a-t-il eu réception conformément à l'article 1792-6 du code civil et à quelle date ? Les dommages dont se plaint le maître de l'ouvrage étaient-ils apparents ? Des réserves ont-elles été formulées ? Dans l'affirmative, l'entrepreneur a-t-il satisfait à son obligation de reprise ? Les dommages observés affectent-ils la solidité de l'ouvrage ou sont-ils de nature à le rendre impropre à sa destination ? Quel est le rôle respectif, dans leur survenance, des différents acteurs de la construction (entrepreneur(s), sous-traitants, architecte, fournisseurs…) ? À combien évaluer le dommage ressenti par le maître de l'ouvrage ?… autant de faits nécessaires à la résolution des litiges que le juge – à moins d'être versé dans la technique et d'avoir le temps d'organiser des transports sur les lieux ! – ne peut appréhender par lui-même et pour la détermination desquels la commission d'un expert s'impose presque toujours.

B. Renouvellement de l'expertise

Ce recours massif à l'expertise en matière de construction qui vient d'être décrit a, progressivement, renouvelé le rôle même de l'expert en même temps qu'il a modifié le modèle classique de l'expertise.

– Dans une matière litigieuse dans laquelle l'office du juge dépend de la sorte autant des énonciations du rapport d'expertise, il était à prévoir que la distinction entre fait et droit devînt de plus en plus poreuse.

Même si l'on ne saurait aller jusqu'à dire, à l'instar d'un jurisconsulte du XVIII^e^ siècle (P.-A. Merlin, *Recueil alphabétique de questions de droit*, tome XVI, H. Tarlier, 4^e^ éd. revue, corrigée et considérablement augmentée par M. Merlin, 1830, p. 379), que, dans les procès relatifs à la construction, « les experts sont les juges de la question de fait », force est d'admettre que, dans cette matière, l'expertise n'est plus seulement, comme traditionnellement conçue, un moyen d'établir la matérialité des éléments de preuve, que le juge considérera avec plus ou moins de distance pour élaborer ensuite les motifs de

sa décision ; elle détermine aussi, plus intimement, les éléments de fait qui deviendront les maillons de la qualification juridique et, partant, sa décision elle-même.

Certains voient, dans cette évolution du couple juge-expert, un danger : celui que le premier abdique son office pour le partager avec le second au point d'entériner purement et simplement ses conclusions.

Le procédé de l'homologation, par lequel le juge reprend les énonciations du technicien au point que celles-ci deviennent des éléments de la motivation de sa décision, a d'ailleurs toujours été admis par la Cour de cassation (laquelle retient qu'en homologuant un rapport d'expertise, le juge du fond est présumé s'en approprier les termes et est, partant, dispensé de s'expliquer sur les chefs de contestation évoqués par l'expertise : voir, par exemple, 3e Civ., 23 juin 2009, pourvoi no 08-14.839).

Ce risque est, toutefois, conjuré par les exigences nouvelles qui pèsent sur l'expert.

– Il est à observer que le temps de l'expertise, qui s'inscrit dans celui du procès, tend progressivement à être régi par les principes gouvernant celui-ci. Et cette évolution est particulièrement marquante dans les litiges relatifs à la construction, en tant qu'ils nécessitent presque toujours des expertises longues et d'autant plus disputées que les parties savent que les conclusions de l'expert seront, comme dit plus haut, presque toujours décisives au sens strict.

La Cour européenne des droits de l'homme a posé nettement, en 1997 (CEDH, 18 mars 1997, Mantovanelli c. France, requête no 21497/93), que l'expert est le prolongement du juge et que ses conclusions « sont susceptibles d'influer de manière prépondérante sur son appréciation des faits » (la Cour est donc pleinement consciente de la porosité entre droit et fait dont il a été question plus haut) : « La Cour rappelle que l'un des éléments d'une procédure équitable au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) est le caractère contradictoire de celle-ci : chaque partie doit en principe avoir la faculté non seulement de faire connaître les éléments qui sont nécessaires au succès de ses prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision […]. À ce titre, elle précise d'emblée que le respect du contradictoire, comme celui des autres garanties de procédure consacrées par l'article 6 par. 1 (art. 6-1), vise l'instance devant un "tribunal" ; il ne peut donc être déduit de cette disposition (art. 6-1) un principe général et abstrait selon lequel, lorsqu'un expert a été désigné par un tribunal, les parties doivent avoir dans tous les cas la faculté d'assister aux entretiens conduits par le premier ou de recevoir communication des pièces qu'il a prises en compte. L'essentiel est que les parties puissent participer de manière adéquate à la procédure devant le "tribunal" […]. Par ailleurs, la Convention ne réglemente pas le régime des preuves en tant que tel. La Cour ne saurait donc exclure par principe et *in abstracto* l'admissibilité d'une preuve recueillie sans respecter les prescriptions du droit national. Il revient aux juridictions internes d'apprécier les éléments obtenus par elles et la pertinence de ceux dont une partie souhaite la production. La Cour a néanmoins pour tâche de rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris la manière dont la preuve a été administrée, a revêtu le caractère équitable voulu par l'article 6 par. 1 (art. 6-1) […] » (§ 33, 34). En l'espèce, « bien que le tribunal administratif ne fût pas juridiquement lié par les conclusions de l'expertise litigieuse, celles-ci étaient susceptibles d'influencer de manière prépondérante son appréciation des faits » (§ 36) (CEDH, 18 mars 1997, Mantovanelli c. France, requête no 21497/93). Déplaçant ainsi le centre de gravité du procès, qui ne

se tient donc plus exclusivement devant le juge, mais aussi devant ceux qu'il a commis pour l'éclairer, la Cour en tire cette conséquence que le champ du contradictoire doit s'étendre, avec toute sa rigueur, à l'expertise.

La Cour de cassation a fait sienne cette conception « juridictionnelle » de l'expertise, qui n'hésite pas à sanctionner celles des mesures méconnaissant ce principe.

Pour prendre des illustrations tirées de la matière de la construction, la troisième chambre civile n'a pas hésité à déclarer les conclusions d'un expert inopposables à une partie qui n'était ni présente ni représentée pendant les opérations d'expertise (3e Civ., 26 janvier 2010, pourvoi no 08-19.091), ni à casser un arrêt d'une cour d'appel qui avait adossé exclusivement sa décision sur un rapport d'expertise établi non contradictoirement (3e Civ., 27 mai 2010, pourvoi no 09-12.693, *Bull.* 2010, III, no 104).

§ 2. Expertise de gestion en droit des sociétés

Outre les mesures d'instruction *in futurum* recevables en droit des sociétés sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, il est permis aux associés, même s'ils sont minoritaires, d'obtenir des éléments d'information en recourant à l'expertise dite « de gestion », qui permet de faire désigner un expert par le juge des référés du tribunal de commerce, avec mission d'établir et de présenter un rapport sur certaines opérations de gestion.

Réservée à l'origine aux sociétés par actions, elle s'applique dorénavant aux sociétés à responsabilité limitée (SARL) (articles L. 225-231 du code de commerce pour les sociétés par actions, L. 226-1, alinéa 2 pour les sociétés en commandite par actions, L. 227-1, alinéa 2 pour la société par actions simplifiée et L. 223-37 pour la SARL) et ne présente pas de caractère subsidiaire par rapport à l'article 145 du code de procédure civile (Com., 18 octobre 2011, pourvoi no 10-18.989, *Bull.* 2011, IV, no 165).

La jurisprudence de la chambre commerciale a principalement trait au respect des conditions de procédure et à celui des conditions de fond.

C'est ainsi que la chambre commerciale veille au respect des conditions de détention du minimum de parts exigé, qui varie depuis 2001 selon le type de société (l'action en désignation de l'expert n'est ouverte qu'aux associés ou actionnaires qui justifient de la détention d'un pourcentage minimal de capital social). Cette condition est impérative et la demande qui n'y satisfait pas doit être repoussée (Com., 12 janvier 1976, pourvoi no 74-13.386, *Bull.* 1976, IV, no 16 ; Com., 14 décembre 1993, pourvoi no 92-21.225, *Bull.* 1993, IV, no 483) et s'apprécie au moment de l'introduction de l'instance (Com., 6 décembre 2005, pourvoi no 04-10.287, *Bull.* 2005, IV, no 245). Elle s'assure encore que l'actionnaire a bien préalablement posé au dirigeant de la société une question précise, et non pas une question portant sur l'ensemble de la gestion, à laquelle il n'a pas été répondu dans le délai d'un mois (Com., 14 février 2006, pourvoi no 05-11.822, *Bull.* 2006, IV, no 40) ou à laquelle il a été répondu de manière non satisfaisante (Com., 17 janvier 2006, pourvoi no 05-10.167, *Bull.* 2006, IV, no 12). Cette question, de même que la demande d'expertise, doit ensuite porter sur une opération de gestion, qui émane des dirigeants et non des assemblées (Com., 30 mai 1989, pourvoi no 87-18.083, *Bull.* 1989, IV, no 174 ; Com., 12 janvier 1993, pourvoi no 91-12.548, *Bull.* 1993, IV, no 10).

Si le succès de la demande n'est pas subordonné à la preuve d'une irrégularité ou d'une atteinte à l'intérêt social dès lors que la mesure sollicitée tend précisément à établir cette preuve, la demande ne peut néanmoins être accueillie que si elle présente un caractère sérieux, lequel résulte de l'existence de présomptions d'irrégularités (Com., 15 juillet 1987, pourvoi n° 86-13.644, *Bull.* 1987, IV, n° 193 ; Com., 22 mars 1988, pourvoi n° 86-17.040, *Bull.* 1988, IV, n° 124) ou d'un risque d'atteinte à l'intérêt social (Com., 10 février 1998, pourvoi n° 96-11.988, *Bull.* 1998, IV, n° 69 ; Com., 14 juin 2005, pourvoi n° 03-14.423 ; Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-15.313, *Bull.* 2009, IV, n° 63).

Section 2 – Expertise, élément de la décision

L'expertise s'impose au juge s'agissant de certaines questions médicales (§ 1) et patrimoniales (§ 2) complexes.

§ 1. Expertises médicales obligatoires

L'expertise est obligatoire s'agissant d'apprécier la réalité d'une situation de transsexualisme (A) ou la santé d'un assuré social (B).

A. Obligation du recours à l'expertise en matière de transsexualisme

Deux arrêts de la première chambre civile (1re Civ., 7 juin 2012, pourvoi n° 10-26.947, *Bull.* 2012, I, n° 123 et pourvoi n° 11-22.490, *Bull.* 2012, I, n° 124) ont rejeté des pourvois contre des arrêts de cour d'appel ayant refusé d'accueillir la demande en rectification de sexe formée par des personnes prétendant justifier des conditions posées par l'assemblée plénière en 1992 (Ass. plén., 11 décembre 1992, pourvoi n° 91-11.900 [arrêt n° 1] et pourvoi n° 91-12.373 [arrêt n° 2], *Bull.* 1992, Ass. plén., n° 13), en matière de transsexualisme. L'un des demandeurs, déclaré de sexe masculin, faisait état d'une intervention chirurgicale dite de « réassignation sexuelle » effectuée en Thaïlande tandis que l'autre, déclaré de sexe féminin, et ayant la conviction d'appartenir au sexe masculin, produisait divers certificats médicaux tendant à établir qu'il était atteint du syndrome de Benjamin, qu'il avait subi une mastectomie totale, et suivait un traitement hormonal. Dans les deux cas, ces personnes opposaient un refus de principe à l'expertise médicale ordonnée par les juges.

Or, dans l'un des arrêts de 1992 précités (Ass. plén., 11 décembre 1992, pourvoi n° 91-12.373 [arrêt n° 2], *Bull.* 1992, Ass. plén., n° 13), la Cour de cassation statuant en assemblée plénière avait estimé que « si l'appartenance apparente de M. Y… au sexe féminin était attestée par un certificat du chirurgien ayant pratiqué l'intervention et l'avis officieux d'un médecin consulté par l'intéressé, la réalité du syndrome transsexuel ne pouvait être établie que par une expertise judiciaire ».

La première chambre civile, après avoir affirmé que, « pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence », a rejeté les pourvois, les certificats produits n'ayant pas été jugés de nature à établir ces éléments et les intéressés opposant un refus de principe à la réalisation d'une expertise judiciaire.

Ces arrêts ne vont pas véritablement à l'encontre de la solution retenue par la Cour de cassation statuant en assemblée plénière, qui avait statué dans des circonstances inverses, où c'était l'intéressé qui demandait une expertise judiciaire, laquelle lui avait été refusée par les juges du fond. Toutefois, ils interviennent dans un contexte particulier dont on ne saurait faire abstraction. En effet, le caractère systématique de l'expertise judiciaire est aujourd'hui contesté par les personnes transsexuelles en ce qu'il leur apparaît à la fois inutile et vexatoire, au terme d'un « parcours du combattant » qui a déjà donné lieu à d'innombrables consultations médicales. En outre, les politiques différentes pratiquées à cet égard par les juridictions du fond conduisent les justiciables à s'adresser à celles susceptibles de ne pas l'ordonner. C'est pourquoi, une circulaire n° CIV/07/10 de la direction des affaires civiles et du sceau du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil a invité les juridictions à ne recourir à l'expertise judiciaire « que si les éléments fournis révèlent un doute sérieux sur la réalité du transsexualisme du demandeur » et à fonder leur avis, « dans tous les autres cas, sur les diverses pièces, notamment les attestations et comptes rendus médicaux fournis par le demandeur à l'appui de sa requête ».

B. Recours obligatoire à l'expertise médicale de l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale

Les dispositions de l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale soumettent à une procédure spécifique d'expertise médicale (souvent intitulée « expertise technique ») les contestations d'ordre médical relatives à l'état du malade (assurances maladie et maternité) ou de la victime (accidents du travail et maladies professionnelles). Il en va ainsi, par exemple, des difficultés se rapportant au bien-fondé d'un traitement, d'une hospitalisation ou d'un arrêt de travail ou encore à la consolidation de l'état de la victime d'un accident du travail, d'une maladie professionnelle ou d'un accident de trajet. L'expertise médicale prévue par ces dispositions obéit à des modalités qui lui sont propres, quant au choix de l'expert (pris sur une liste spéciale), quant au déroulement des opérations d'expertise ou encore quant à l'imputation des frais (à la charge exclusive, sauf exception, de l'organisme, quelle que soit la solution retenue en définitive pour le litige).

Qu'elle s'applique avant toute saisine des juridictions du contentieux général de la sécurité sociale dans les rapports entre l'assuré ou la victime et son médecin traitant d'une part, l'organisme de sécurité sociale et son service du contrôle médical d'autre part, ou bien devant la juridiction une fois celle-ci saisie du litige, l'expertise médicale revêt un caractère obligatoire : le juge du contentieux général ne saurait en particulier trancher lui-même, quels que soient les éléments de fait et de preuve soumis par les parties, une difficulté d'ordre médical, ni ordonner une expertise judiciaire de droit commun (Soc., 29 octobre 1998, pourvoi n° 96-17.841, *Bull.* 1998, V, n° 471 ; 2e Civ., 23 septembre 2010, pourvoi n° 09-67.960, *Bull.* 2010, II, n° 162).

L'avis formulé par l'expert est assorti d'une portée bien particulière. Dans leur rédaction initiale issue du décret n° 59-160 du 7 janvier 1959, les dispositions de l'article L. 141-2 du code de la sécurité sociale précisaient que l'avis de l'expert s'imposait, dès lors qu'il était régulièrement intervenu, autant aux parties qu'au juge du contentieux général. Si la force de l'avis subsiste entre les parties, chaque fois notamment que la procédure de l'expertise est mise en œuvre en dehors de toute saisine des juridictions, l'avis ne lie plus, formellement, le juge du contentieux général, depuis que

l'article L. 141-2, suite aux modifications opérées par les dispositions de la loi n° 90-86 du 23 janvier 1990, énonce sobrement : « Au vu de l'avis technique, le juge peut, sur demande d'une partie, ordonner une nouvelle expertise. »

Ainsi modifiées, ces dispositions ont donné lieu à une jurisprudence pour le moins nuancée :

– Le juge du contentieux général ne saurait, si l'avis formulé après une première expertise ne permet pas la résolution du litige, ordonner une expertise judiciaire de droit commun (Soc., 29 octobre 1998, pourvoi n° 96-17.841, *Bull.* 1998, V, n° 471), mais un complément d'expertise à l'expert précédemment désigné (Soc., 26 janvier 1995, pourvoi n° 91-18.713, *Bull.* 1995, V, n° 43) ou, si l'une des parties en fait la demande, une nouvelle expertise médicale ;

– La décision ordonnant une expertise médicale tranchant, eu égard à la portée particulière de l'avis, pour partie le litige au principal, elle peut faire l'objet immédiatement d'un appel ou d'un pourvoi en cassation (Soc., 29 octobre 1998, précité ; Soc., 14 octobre 1999, pourvoi n° 97-20.826, *Bull.* 1999, V, n° 384 ; Soc., 23 mars 2000, pourvoi n° 98-15.298, *Bull.* 2000, V, n° 125).

Le caractère quelque peu exceptionnel de la procédure d'expertise médicale instituée par les dispositions de l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale conduit la Cour de cassation à en circonscrire très précisément le champ d'application *ratione materiae* : ainsi ne s'applique-t-elle pas à la contestation élevée par l'employeur quant à la prise en charge d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, les résultats de l'expertise, à laquelle il n'est d'ailleurs pas autorisé à participer, ne lui étant pas opposables (2e Civ., 16 novembre 2004, pourvoi n° 03-16.484, *Bull.* 2004, II, n° 496 ; 2e Civ., 17 février 2011, pourvoi n° 10-14.925, *Bull.* 2011, II, n° 53) ; de même, l'expertise comportant un examen du patient ou de la victime, la jurisprudence en a déduit qu'elle n'était pas applicable après le décès de l'intéressé, l'élucidation des difficultés d'ordre médical relevant dès lors de l'expertise judiciaire de droit commun (Soc., 22 mai 1997, pourvoi n° 95-18.108, *Bull.* 1997, V, n° 187 ; Soc., 3 février 2000, pourvoi n° 98-16.149, *Bull.* 2000, V, n° 57). La jurisprudence veille enfin à l'application à la procédure d'expertise médicale propre au contentieux général de la sécurité sociale des principes de la contradiction et du caractère équitable de la procédure (Soc., 8 mars 2001, pourvoi n° 99-14.044, *Bull.* 2001, V, n° 79 ; *Dr. soc.* 2001, p. 576, obs. X. Prétot ; 2e Civ., 14 septembre 2006, pourvoi n° 04-30.798, *Bull.* 2006, II, n° 236).

§ 2. Expertises patrimoniales obligatoires

L'obligation de recourir à une expertise s'impose pour l'évaluation des sociétés civiles (A), des parts de sociétés commerciales (B) et en matière fiscale (C).

A. Évaluation des sociétés civiles

Aux termes de l'article 1843-4 du code civil, « dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible ».

La Cour de cassation a jugé que ces dispositions sont d'ordre public (1re Civ., 25 novembre 2003, pourvoi no 00-22.089, *Bull.* 2003, I, no 243 ; Com., 4 décembre 2007, pourvoi no 06-13.912, *Bull.* 2007, IV, no 258).

Encourt donc la cassation l'arrêt qui désigne lui-même un expert après avoir écarté la détermination de la valeur des parts sociales faite par l'expert désigné par un compromis d'arbitrage (1re Civ., 25 novembre 2003, précité) ou qui procède lui-même à l'évaluation des parts sociales, alors qu'il appartient au seul expert désigné conformément à l'article 1843-4 du code civil de déterminer la valeur des droits sociaux (1re Civ., 25 janvier 2005, pourvoi no 01-10.395, *Bull.* 2005, I, no 49).

La première chambre civile de la Cour de cassation a eu récemment l'occasion de rappeler le caractère d'ordre public de ce texte dans un arrêt du 12 juillet 2012 (pourvoi no 11-18.453, *Bull.* 2012, I, no 172).

Dans cette affaire, deux architectes avaient créé une société civile professionnelle. À la suite du décès de l'un d'entre eux, son épouse a sollicité en référé une expertise de gestion. Un expert a été désigné sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, avec notamment pour mission, comme cela avait été reconventionnellement demandé, de proposer une évaluation des parts sociales anciennement détenues par le défunt. Contestant l'évaluation ainsi réalisée, la demanderesse a fait assigner l'ancien associé de son défunt mari en paiement de diverses sommes.

S'est alors posée la question de savoir si l'évaluation des parts sociales résultant d'une expertise ordonnée en référé, en application de l'article 145 du code de procédure civile, pouvait être considérée comme satisfaisant à la règle posée par l'article 1843-4 du code civil.

La Cour de cassation, en approuvant la cour d'appel d'avoir retenu que l'évaluation des parts sociales proposée par l'expert ne pouvait être opposée à la demanderesse, y a répondu par la négative.

La solution ne fait donc désormais plus de doute : le recours à la procédure prévue par les dispositions d'ordre public de l'article 1843-4 du code civil s'impose, et une expertise ordonnée sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ne satisfait pas aux règles ainsi prescrites.

B. Valeur des parts des sociétés commerciales

L'article 1843-4 du code civil prévoit que, « dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible ».

La chambre commerciale a eu l'occasion d'affirmer le caractère d'ordre public de ces dispositions, qui interdit que les statuts d'une société permettent d'exclure un associé et puissent comporter une clause d'évaluation des droits sociaux, de telles règles statutaires ne pouvant l'emporter sur l'article 1843-4 (Com., 4 décembre 2007, pourvoi no 06-13.912, *Bull.* 2007, IV, no 258). De la même manière, elle a affirmé la liberté de l'expert dans l'évaluation qu'il fait de la valeur, sans être tenu le cas échéant par

une valeur déterminée par les statuts (Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-17.465, *Bull.* 2009, IV, n° 61).

Disant n'y avoir lieu à transmettre une question prioritaire de constitutionnalité, elle a récemment précisé que « les dispositions de l'article 1843-4 […] n'ont ni pour objet ni pour effet d'investir l'expert du pouvoir de prononcer une sanction ayant le caractère d'une punition et ne font pas par elles-mêmes obstacle à l'application d'une procédure contradictoire, [elles] visent seulement à garantir, dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux ou le rachat de ceux-ci par la société, et s'il y a désaccord sur leur valeur, la juste évaluation des droits du cédant par l'intervention d'un tiers chargé de fixer cette valeur pour le compte des parties sans être tenu de se plier à des clauses qui pourraient être incompatibles avec la réalisation de cet objectif » (Com., 8 mars 2011, QPC n° 10-40.069, *Bull.* 2011, IV, n° 36).

Enfin, la chambre commerciale applique strictement le texte en retenant qu'à défaut de constater que les parties se trouvaient dans un cas où est prévu la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ceux-ci par la société, les juges ne peuvent faire application de l'article 1843-4 et ordonner le rachat par un associé des actions détenues par un autre associé au prix estimé par l'expert judiciaire (Com., 26 novembre 1996, pourvoi n° 94-15.403, *Bull.* 1996, IV, n° 284), de même qu'elle n'autorise le recours à l'expertise qu'en cas de désaccord (Com., 24 novembre 2009, pourvoi n° 08-21.369, *Bull.* 2009, IV, n° 151 ; Com., 10 mars 1998, pourvoi n° 95-21.329, *Bull.* 1998, IV, n° 100).

C. Évaluation des parts sociales et des biens en matière fiscale

En matière fiscale, la chambre commerciale a admis que lorsqu'ils se trouvent en présence d'un bien singulier et que toute autre méthode d'évaluation, telle la comparaison avec des biens similaires vendus dans le même secteur géographique, n'est pas envisageable, les juges du fond peuvent adopter la méthode retenue par un expert (Com., 10 mai 1988, pourvoi n° 87-13.554, *Bull.* 1988, IV, n° 154), bien que ce soit au final le juge qui fixe la valeur vénale du bien, en vertu de son pouvoir souverain. De même, elle a admis le recours à l'expertise pour procéder à l'évaluation d'un terrain à bâtir sur lequel étaient édifiées des constructions en mauvais état, en acceptant que soient ainsi évaluées séparément la valeur du terrain et celle des constructions.

Mais il s'agit là de situations exceptionnelles et on ne doit pas en principe pallier la carence de l'administration fiscale dans la preuve du bien-fondé de l'évaluation de l'immeuble par le recours à une expertise judiciaire (Com., 22 janvier 1991, pourvoi n° 89-12.357, *Bull.* 1991, IV, n ° 37).

Le recours à l'expertise est encore admis pour l'évaluation des droits sociaux, en application de l'article 1843-4 du code civil (voir *supra*, § 2, B).

Section 3 – Expertise pénale et contrôle de l'office du juge

« Dès qu'il a existé des juges, ceux-ci ont eu besoin d'hommes plus compétents qu'eux-mêmes pour éclairer leur conscience. » C'est par cette considération que le professeur René Garraud, dans son *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale* (tome I, Sirey, 1907, p. 597), justifie la nécessité et l'ancienneté de l'expert judiciaire. Sans la définir, il indiquait qu'il y avait lieu de recourir à l'expertise

toutes les fois que se présentaient dans un procès criminel « certaines questions dont la solution exige des connaissances toutes particulières et pour lesquelles les juges n'auraient pas de compétence scientifique ou technique suffisante ». La définition qu'en fait de nos jours le professeur Jean Pradel n'est guère différente : « un homme de l'art, un spécialiste auquel le juge a recours […] » (*Procédure pénale*, Cujas, 16e éd., 2011, p. 164). Si l'expertise s'est réellement développée au XIXe siècle, devenant un sujet de réflexions intenses, de propositions variées et suscitant une organisation précise, elle est pratiquée de façon habituelle dans les procédures civiles et pénales depuis l'Ancien Régime. L'ordonnance criminelle de 1670 par exemple prescrivait le recours aux médecins et chirurgiens pour constater un décès ou l'état des blessures d'une personne, ou à un expert pour pratiquer la comparaison d'écritures. Éclaireur de la conscience du juge pour reprendre l'expression du professeur Garraud, l'expert est un auxiliaire de justice au sens véritable de cette expression.

En France, en matière pénale, la procédure est inquisitoriale. C'est donc à la puissance publique, représentée par des magistrats œuvrant seuls ou en collégialité, de démontrer l'existence d'un fait fautif et de réunir les éléments qui permettront d'incriminer son auteur. Ces magistrats ont le choix, en opportunité, de l'expertise et de l'expert. Il s'agit généralement des juridictions d'instruction, par application des articles 156 et suivants, 201 et 205 du code de procédure pénale, des juridictions de jugement, et des magistrats du ministère public ainsi que des officiers de police judiciaire, sur autorisation des derniers cités, lorsqu'ils agissent en matière de flagrance ou d'enquête préliminaire, en application des articles 60 et 77-1 du même code. Certes, les articles 60 et 77-1 visés n'emploient pas le terme d'expertise, mais en énonçant que « s'il y a lieu de procéder à des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques [ils ont] recours à toutes personnes qualifiées […] inscrites sur une des listes prévues à l'article 157 », ils ne laissent pas de doute sur la nature des opérations concernées. C'est en ce sens que se prononce la Cour de cassation : dans une espèce dans laquelle un mis en examen sollicitait l'annulation des réquisitions à personne qualifiée émanant du procureur de la République et de l'examen technique en étant résulté, en alléguant que le rôle du ministère public devait se réduire à la constatation matérielle ou à des examens scientifiques et techniques destinés à éviter le dépérissement des preuves ou à s'assurer de l'existence des conditions préalables à l'exercice des poursuites, la chambre criminelle a rejeté cette analyse en affirmant que « l'article 77-1 du code de procédure pénale confère au procureur de la République, agissant en enquête préliminaire, le pouvoir de charger toutes personnes qualifiées de missions techniques ou scientifiques de même nature que celles qui peuvent être confiées aux experts par le juge d'instruction en application de l'article 156 du même code » (Crim., 14 septembre 2005, pourvoi no 05-84.021, *Bull. crim.* 2005, no 226).

Pour garantir, autant qu'il est possible, les qualités techniques et personnelles des experts, la loi soumet leur concours à des conditions strictes :

– Ils doivent être choisis sur une liste établie selon une procédure et des critères précis auprès d'une unique cour d'appel, et éventuellement sur la liste établie auprès de la Cour de cassation. À titre exceptionnel, une personne qui n'est pas inscrite sur l'une de ces listes peut être désignée, mais le magistrat mandant doit motiver son choix. La chambre criminelle contrôle de façon étroite cette motivation qui ne doit pas être une simple formule de style, cette condition d'inscription à la liste étant d'ordre public.

Dans une espèce, un juge d'instruction avait désigné le même expert à deux reprises pour déterminer les causes techniques d'un accident. La seconde fois, l'ordonnance portait la mention inexacte de l'inscription de l'intéressé sur la liste, et n'était donc pas motivée, alors qu'entre les deux désignations ledit expert avait été admis à l'honoriat. La Cour de cassation a jugé que, selon l'article 157 du code de procédure pénale, « le juge d'instruction qui désigne un expert ne figurant ni sur la liste nationale établie par le bureau de la Cour de cassation ni sur une des listes dressées par les cours d'appel doit motiver sa décision ; que l'inobservation de ces dispositions d'ordre public, édictées dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, entache l'ordonnance de nullité » (Crim., 13 novembre 2008, pourvoi n° 08-81.446, *Bull. crim*. 2008, n° 231) ;

– Pour procéder valablement à ses opérations, l'expert doit prêter le serment propre à son état. S'il s'agit d'un expert nommé à titre exceptionnel, il a été jugé que la seule mention dans le rapport d'expertise de la prestation de serment ne suffit pas et ladite prestation doit être démontrée par un procès-verbal régulier, cette formalité étant d'ordre public ;

– L'expert doit, personnellement et dans le délai imparti, accomplir la mission qui lui est confiée et en établir un rapport écrit contenant la description de ses opérations et conclusions ;

– Il doit faire rapport de sa mission devant la juridiction de jugement s'il y a lieu. Il dépose après avoir prêté serment devant cette juridiction.

Auxiliaire de justice, l'expert en matière pénale doit être neutre, impartial et hors de tout lien de subordination avec les parties. Cette évidence n'avait même pas lieu d'être énoncée par les textes relatifs à l'expertise pour être entendue de tous. Elle est de nos jours incluse dans la notion européenne de procès équitable. La chambre criminelle a approuvé une chambre de l'instruction d'avoir annulé l'expertise ordonnée, ainsi que les opérations auxquelles l'expert désigné avait participé, dès lors que celui-ci était salarié de la partie civile ayant déposé la plainte initiale et que chaque page de son rapport mentionnait que ce document était la propriété intellectuelle de ladite partie civile, cette situation ne permettant pas de garantir les conditions d'un procès équitable (Crim., 25 septembre 2012, pourvoi n° 12-82.770, *Bull. crim*. 2012, n° 197).

Pour autant, l'impartialité de l'expert ne saurait être remise en cause de façon légère. Dans une affaire où la défense soutenait que le même expert ne saurait sans manifester une partialité certaine examiner successivement l'auteur et la victime de faits de viols et agressions sexuelles sur mineure, d'autant que l'expert avait estimé opportun de soumettre le mis en cause à un suivi sociojudiciaire, la chambre criminelle a approuvé les juges d'appel d'avoir rejeté la requête en nullité. Elle a énoncé : « le reproche adressé par le demandeur à l'expert concerné, dont les conclusions n'impliquent aucune affirmation de culpabilité, même implicite, ne suffit pas, en l'espèce, à priver ses rapports du caractère d'avis technique soumis à la contradiction et à l'appréciation ultérieure des juges […] » (Crim., 26 septembre 2007, pourvoi n° 07-84.641, *Bull. crim*. 2007, n° 226).

L'expertise doit encore être accomplie dans le domaine technique sur lequel s'interroge le magistrat. Celui-ci doit donc préciser la mission, laquelle ne peut porter sur le domaine juridique, qui relève de sa seule compétence. Le juge ne doit pas, par une rédaction trop imprécise ou en prescrivant des opérations relevant de questions plus juridiques que techniques, se décharger sur l'expert de sa mission de juger. Ainsi, la

Cour de cassation a approuvé une chambre de l'instruction d'avoir annulé une mission d'expertise émanant d'un juge d'instruction qui prescrivait, sans la définir, l'analyse « psychocriminologique » d'une personne, examen distinct d'une expertise psychologique, dont la juridiction constatait qu'il constituait une délégation générale des pouvoirs du magistrat, l'empêchant d'exercer tout contrôle sur les opérations effectuées, en violation des articles 156 et 161 du code de procédure pénale. La chambre criminelle a énoncé que « sous le couvert d'une mission d'expertise, ordonnée et exécutée en méconnaissance des règles édictées aux articles 156 et suivants du code de procédure pénale, le juge d'instruction a délégué des pouvoirs relevant de sa seule compétence » (Crim., 29 janvier 2003, pourvoi n° 02-86.774, *Bull. crim*. 2003, n° 22). Quant à l'expert, il ne peut à son tour empiéter sur les prérogatives du juge. La chambre criminelle a jugé, approuvant la motivation d'une chambre de l'instruction, « qu'en identifiant […] Franck Z… comme le seul suspect ayant un profil psychologique totalement compatible avec un passage à l'acte meurtrier, [l'expert] a tranché une question de la compétence exclusive du juge » (même arrêt). La question des compétences respectives de l'expert et du juge mandant semble simple *a priori*. La loi est sans équivoque. L'article 158 du code de procédure pénale précise que la mission d'expertise ne peut avoir pour objet que des questions d'ordre technique.

Notre système de preuve pénale fondé sur l'intime conviction du juge implique que celui-ci n'est pas lié par les conclusions des experts. La chambre criminelle énonçait autrefois « l'expertise ne lie pas le juge » et de nos jours que « les appréciations de l'expert qui a répondu aux questions d'ordre technique, conformément à la mission qui lui a été confiée par le juge d'instruction restent soumises à la discussion des parties et à l'appréciation des juges du fond » (Crim., 13 octobre 2009, pourvoi n° 09-83.669, *Bull. crim*. 2009, n° 167). La plus parfaite expression de ce principe serait que le juge puisse écarter les conclusions de l'expert pour statuer à partir de sa seule appréciation des éléments du dossier et de sa seule compréhension des données techniques. Mais cela est-il concevable et n'assiste-t-on pas au contraire à une formidable influence de l'expertise sur la conscience du juge ? Le prodigieux développement des connaissances scientifiques, les progrès de la technique, la division des compétences qui en est résultée ont éliminé de fait la notion d'honnête homme du XVII^e siècle. Le public, quant à lui, qui, d'une part, fait preuve d'une exigence plus grande quoique légitime, d'autre part, est prompt à assimiler tout pouvoir solitaire à un pouvoir despotique, ne pourrait plus le concevoir.

Dans son ouvrage déjà cité, Jean Pradel relève qu'il existe une contradiction à dire que l'expert ne lie pas le juge dès lors que sa nomination ne s'explique que par l'incompétence dudit juge. Selon lui, l'avis de l'expert déterminant l'issue du procès en fait, celui-ci est un « substitut du juge » (*op. cit*., p. 164, note en bas de page). Les professeurs Roger Merle et André Vitu, dans leur *Traité de droit criminel, tome II, Procédure pénale* (Cujas, 5^e éd., 2001, p. 273), relèvent dans la pratique la même contradiction puisqu'ils indiquent que les juges ont une tendance fréquente à entériner purement et simplement les conclusions des experts. Constat qui était déjà celui du professeur Garraud (*op. cit*., p. 597 à 599). Il expliquait ce phénomène par l'influence et l'autorité que l'expert fait peser sur la juridiction, l'expertise en plein essor tendant à devenir le procédé d'instruction décisif, surtout dans les affaires les plus délicates. D'ailleurs, cette influence et une confiance immodérée dans l'infaillibilité de la science firent qu'entre la fin du XIX^e et le début du XX^e siècle, l'école positiviste envisagea de substituer un

collège d'experts aux magistrats et aux jurés (Merle & Vitu, *op. cit.*, p. 259 ; Garraud, *op. cit.*, p. 598).

Mais dans la matière technique les conclusions des experts sont-elles exemptes d'erreurs ? Le professeur Garraud cite la réflexion du docteur Lescœur, professeur de toxicologie, qui en 1905 affirmait que les erreurs judiciaires plus ou moins avérées étaient ordinairement, sinon toujours, imputables à l'expertise (*op. cit.*, p. 598). En réalité, toutes choses humaines étant fragiles, il ne peut exister de système idéal. Le juge ne peut prétendre statuer à l'aide de ses seules compétences, mais il doit regarder le rapport d'expertise avec la distance qui convient et non comme l'expression d'une vérité absolue.

Bien qu'en matière pénale l'initiative de l'expertise soit laissée au juge, durant la phase d'instruction, le mis en examen, la partie civile, le ministère public peuvent solliciter du juge qu'il ordonne un tel examen, ou solliciter une contre-expertise après avoir pris connaissance des conclusions de l'expertise initiale. Si le juge refuse, ces personnes peuvent contester sa décision par l'appel. Ce droit n'est toutefois pas reconnu par la loi au témoin assisté, lequel n'est pas une partie.

Par rapport aux caractères de l'expertise pénale présentés plus haut, la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale a introduit un nouvel article 161-1 dans le code de procédure pénale. Ce texte, inspiré des conclusions des commissions créées après l'affaire dite « d'Outreau » et des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, a instauré des éléments de contradictoire dès la phase de l'instruction en matière d'expertise. Il crée pour le juge qui décide une expertise l'obligation de communiquer une copie de sa décision au ministère public et aux parties (sans qu'il soit désormais nécessaire qu'elles aient un avocat : Cons. const., 23 novembre 2012, décision n° 2012-284 QPC, Mme Maryse L. [droit des parties non assistées par un avocat et expertise pénale]). Ceux-ci disposent de dix jours pour lui demander de modifier ou de compléter les questions posées ou d'adjoindre à l'expert désigné un expert de leur choix. Cette obligation ne s'applique pas aux catégories d'expertise dont les conclusions n'ont pas d'incidence sur la détermination de la culpabilité de la personne mise en examen. Ces opérations sont fixées par décret. Ici encore, la Cour de cassation a déduit du fait que le témoin assisté n'est pas une partie à la procédure qu'il ne pouvait se prévaloir des dispositions de l'article 161-1 du code de procédure pénale (Crim., 14 décembre 2011, pourvoi n° 11-85.753, *Bull. crim.* 2011, n° 257).

Si l'urgence le commande, que les opérations d'expertise et le dépôt des conclusions par l'expert doivent intervenir en urgence ou ne peuvent être différés pendant le délai de dix jours prévu au premier alinéa, ou lorsque la communication prévue risque d'entraver l'accomplissement des investigations, le juge peut passer outre cette obligation, mais sa décision doit être motivée. La Cour de cassation contrôle strictement la motivation effective de l'urgence et de l'empêchement qui se sont opposés à la communication aux parties du projet d'expertise. Elle ne se contente pas d'une clause de style. Par un arrêt du 22 novembre 2011 (Crim., 22 novembre 2011, pourvoi n° 11-84.314, *Bull. crim*. 2011, n° 235), elle a cassé l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui avait considéré comme justifiée par l'urgence l'expertise ordonnée par un juge d'instruction en matière d'agressions sexuelles sur mineurs de quinze ans et de corruption de mineurs de quinze ans dès lors que ce dernier avait fait expressément référence à la situation de détenu du mis en examen, et qu'il était effectif qu'il conduisait l'information avec célérité. La chambre criminelle, censurant cette décision, a jugé que ces motifs étaient

insuffisants à établir, pour chacune des ordonnances critiquées, qu'il existait au moment où elles ont été rendues l'impossibilité de différer pendant le délai de dix jours les opérations d'expertise et le dépôt des conclusions des experts. De même, n'a pas justifié sa décision une chambre de l'instruction ayant considéré que l'urgence visée par le juge d'instruction dans chacune de ses décisions n'avait pas à être spécialement motivée et qu'elle était justifiée par la multiplicité des investigations et la nécessité de disposer dans les meilleurs délais des conclusions des experts, préalablement aux mesures de transport et de reconstitution et aux confrontations envisagées (Crim., 13 octobre 2009, pourvoi n° 09-83.669, *Bull. crim*. 2009, n° 167).

Si cette évolution paraît positive par les garanties qu'elle semble offrir, certains auteurs émettent de prudentes réserves. C'est le cas du professeur Pradel qui évoque les inconvénients qu'elle entraîne, et, notamment, la lourdeur et l'allongement de la procédure, les risques d'entrave à la mission de l'expert dès lors que le mis en examen aura connaissance des investigations que le juge aura décidé de lui confier (*op. cit.*, p. 426 et 427).

Cette réserve rejoint celle exprimée par nos prédécesseurs au XIX^e^ siècle qui avaient étudié l'opportunité de la mise en place de l'expertise contradictoire en matière pénale pour finalement l'abandonner. Le professeur Garraud objectait qu'un tel système ébranlerait sans grande utilité la neutralité de l'expertise. « Confiez, disait-il, la même tâche à deux experts : si l'un ne devient pas la doublure de l'autre, il sera son adversaire » (*op. cit.*, p. 614). Il soulignait de plus la dilution de responsabilité qui serait la conséquence de l'expertise contradictoire, aboutissant à un engagement moins personnel de l'expert dans ses conclusions, et pour finir à une moindre garantie pour le justiciable.

L'on peut constater en outre que ces dispositions font double emploi avec le droit des parties de solliciter une expertise, une contre-expertise et de faire appel du refus éventuel du juge d'ordonner ces mesures, facultés qui sont maintenues. Cela ne peut manquer d'entraîner un alourdissement substantiel des frais d'expertise, alors que ce poste pèse déjà lourdement sur le budget de la justice. Certes, il ne peut être question de proposer aux citoyens une justice de moindre qualité en limitant le nombre et la nature des expertises ordonnées pour parvenir à la manifestation de la vérité, contrairement à ce que la loi permet aujourd'hui. Mais au moins l'expertise doit-elle réellement aider la justice à faire son œuvre et non permettre, au stade de l'instruction, d'entamer un débat au fond ou d'ouvrir des querelles d'école entre tenants de thèses opposées.

Chapitre 3 – Sanctions

Le juge est l'arbitre et le garant du respect des règles de procédure qui régissent l'administration de la preuve devant lui. Il peut ainsi tirer des conséquences, aussi bien civiles (section 1), que pénales (section 2), des manquements des parties.

Section 1 – Sanctions civiles

Le risque, pour le plaideur, de devoir payer une amende civile et verser à son adversaire une indemnité s'il a agi abusivement est une limite bien connue apportée au principe de liberté d'ester en justice.

Aujourd'hui fondée sur l'article 32-1 du code de procédure civile, cette sanction suppose la caractérisation d'une faute susceptible de faire, selon la formule aujourd'hui consacrée par la jurisprudence, « dégénérer en abus le droit d'ester en justice » (voir, par exemple, 3e Civ., 11 juillet 2012, pourvoi no 10-21.703 ; 3e Civ., 11 octobre 2011, pourvoi no 09-68.032).

Pendant très longtemps, la Cour de cassation a donné de cette faute la définition suivante (avec de légères variantes) : « l'exercice d'une action en justice constitue, en principe, un droit, et ne dégénère en abus pouvant donner lieu à réparation, que s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi, ou s'il s'agit d'une erreur équipollente au dol » (voir, par exemple, Civ., 6 novembre 1946, *D.* 1947, p. 49 ; 2e Civ., 6 novembre 1974, pourvoi no 73-12.650, *Bull.* 1974, II, no 283).

Si cette formule évoque plutôt *a priori* des comportements graves, intentionnels de la part du plaideur, force est de constater, avec la doctrine, que progressivement, « la jurisprudence en arrive pratiquement à sanctionner des agissements simplement téméraires ou dilatoires » (H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, tome I, Sirey, 1961, no 119).

Ainsi un demandeur qui avait exercé une action au mépris des conditions de recevabilité expressément prévues par la loi a-t-il été condamné du chef de l'article 32-1 du code de procédure civile (Com., 12 janvier 1976, pourvoi no 74-13.386, *Bull.* 1976, IV, no 16).

Cette décision met bien en évidence qu'il existe, pour l'application de ce texte, une certaine porosité entre l'attitude, que l'on pourrait qualifier de « processuelle », du demandeur et le fond de sa demande, même s'il a été jugé que « l'erreur d'une partie sur le fondement juridique de sa demande ne constitue pas, à elle seule, une faute » (2e Civ., 18 décembre 2003, pourvoi no 01-16.617, *Bull.* 2003, II, no 402).

La troisième chambre civile a été, pour sa part, conduite à déterminer si l'attitude consistant à intenter une action, sans disposer de la moindre preuve de son bien- fondé, pouvait être qualifiée d'abus du droit d'ester en justice et sanctionnée comme tel. Elle a, au regard des faits de la cause, répondu positivement à cette question sous la motivation suivante : « Attendu, enfin, qu'ayant retenu qu'en poursuivant la procédure en appel, sur des allégations dépourvues de toute pertinence dès lors qu'elles n'étaient assorties d'aucune preuve, elle avait fait dégénérer en abus l'exercice de ce recours, la cour d'appel a légalement justifié sa décision » (3e Civ., 18 octobre 2006, pourvoi no 05-15.179).

Pareille condamnation fait écho aux opinions d'auteurs qui, pour les uns, faisaient ce constat que l'évolution de la jurisprudence en matière de répression des procédures abusives était telle que « celui qui entend agir en justice doit préalablement se renseigner sur ses chances de succès et il faut que les renseignements qu'il peut obtenir ne montrent pas qu'il va à un échec certain » (J. Héron, T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 4e éd., 2010, no 53) et, pour les autres, remarquaient que « le mérite juridique » de la demande devenait un critère prépondérant pour l'appréciation de son éventuel caractère abusif (G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 3e éd., 1996, p. 326).

Les plaideurs doivent savoir que, dorénavant, l'exercice sans preuve d'une action en justice est susceptible non seulement de compromettre le succès de leur demande, mais aussi de les exposer à une sanction pécuniaire.

Section 2 – Sanctions pénales

La tentation peut être grande pour certains plaideurs malicieux d'altérer la présentation de la vérité afin que leur cause l'emporte. Le droit pénal réprime ces comportements qui compromettent la bonne réalisation de la justice. À cette fin, il prévoit des qualifications qui protègent la sincérité des preuves produites en justice (§ 1). Il s'attache également à réprimer de manière particulière les manœuvres visant à tromper le juge pour causer un tort à autrui (§ 2). À ce dispositif s'ajoutent les lois de blocage qui interdisent et sanctionnent certaines recherches de preuves (§ 3).

§ 1. Infractions protégeant la sincérité des preuves

Des dispositions particulières répriment l'altération intentionnelle des écrits (A), des témoignages (B) et des indices matériels (C) présentés en justice.

A. Preuves écrites

L'article 441-1 du code pénal prévoit et réprime le faux qui a « pour objet ou peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques ». C'est donc une qualification qui sanctionne naturellement, sinon exclusivement, les règles de l'administration de la preuve en justice.

L'usage de faux en justice a donné lieu à de nombreux arrêts de la chambre criminelle, saisie pour déterminer, par nature de pièce litigieuse, si l'infraction peut être constituée ou pas. Dans cette masse d'informations, deux arrêts paraissent pouvoir retenir l'attention, l'un relatif au niveau de contrôle de la Cour, l'autre parce qu'il est des plus récents.

Dans le cas d'une personne poursuivie devant le juge civil par sa banque, s'étant vu opposer par son adversaire des documents comprenant des mentions inexactes, la chambre criminelle a estimé que le simple fait de viser un document argué de faux dans un mémoire en défense déposé devant la Cour de cassation ne peut caractériser un usage de faux dudit document, le contrôle de celle-ci ne portant que sur la légalité des décisions qui lui sont soumises et n'impliquant aucune discussion des éléments de preuve souverainement appréciés par les juges du fond (Crim., 18 décembre 2007, pourvoi n° 07-80.696, *Bull. crim*. 2007, n° 314).

Dans l'hypothèse, plus récente, où un juge des référés a ordonné à un plaideur de communiquer des contrats, qui ont été immédiatement et à juste titre argués de faux par les adversaires, il était soutenu par le prévenu que cette présentation ne venait au soutien d'aucune prétention, mais intervenait exclusivement en exécution d'une ordonnance judiciaire. La chambre criminelle approuve la cour d'appel d'avoir retenu la culpabilité pour usage de faux, car il résulte [des énonciations reprises par la Cour de cassation] que les documents litigieux constituaient des faux au soutien de prétentions du prévenu et ont été produits en justice par celui-ci, peu important que cette production ait été spontanée ou effectuée en exécution d'une décision de justice (Crim., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-82.431, *Bull. crim.* 2012, n° 106).

B. Témoignages

L'article 434-11 du code pénal, qui punit l'abstention de témoigner pour un innocent, n'exempte de peine, ou parfois même de poursuite, que des personnes limitativement énumérées par le même article. Il n'a pas donné lieu à une jurisprudence très abondante.

Cependant, dans une période encore récente, la Cour de cassation a eu à se demander si, en exprimant dans ses écrits de manière non équivoque sa connaissance d'informations de nature à innocenter un tiers et en s'abstenant volontairement d'en livrer l'élément essentiel, c'est-à-dire l'identité de la personne mise en cause, un prévenu avait commis l'infraction.

La réponse négative a été donnée : commet le délit prévu par l'article 434-11 du code pénal la personne qui, connaissant la preuve de l'innocence d'une personne jugée pour crime ou pour délit, s'abstient volontairement d'en apporter aussitôt le témoignage aux autorités judiciaires ou administratives. La loi pénale étant d'interprétation stricte, encourt la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour dire une telle infraction constituée, se borne à retenir que le prévenu a exprimé de manière non équivoque sa connaissance d'informations de nature à innocenter un condamné, sans constater qu'il connaissait la preuve de l'innocence dudit condamné (Crim., 22 novembre 2005, pourvoi n° 05-81.489, *Bull. crim*. 2005, n° 301).

Naturellement, l'article 434-13, relatif au témoignage mensonger, reçoit de bien plus fréquentes applications devant la chambre criminelle. Il est entièrement relatif à la preuve en justice, dont il constitue une sanction principale, au même titre que le faux document, examiné précédemment. Il dispose : « Le témoignage mensonger fait sous serment devant toute juridiction ou devant un officier de police judiciaire agissant en exécution d'une commission rogatoire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. » Cette peine peut être aggravée ou au contraire évitée, pour certaines personnes limitativement énumérées par le même article et le suivant.

L'élément matériel comme l'élément moral de cette infraction ont été fixés par une jurisprudence très ancienne, qui n'a pas connu d'évolutions dans les dernières années. Il a été jugé en revanche, en droit pénal général, que le faux témoignage est une infraction instantanée, qui est constituée et dont la prescription commence à courir du jour où la déposition mensongère a été faite (Crim., 17 décembre 2002, pourvoi n° 02-81.424, *Bull. crim*. 2002, n° 234).

L'article 434-15 réprime la subornation – même non suivie d'effet –, c'est-à-dire le fait d'user de promesses, offres, présents, pressions, menaces, voies de fait, manœuvres ou artifices au cours d'une procédure ou en vue d'une demande ou défense en justice afin de déterminer autrui soit à faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation mensongère, soit à s'abstenir de faire ou délivrer une déposition, une déclaration ou une attestation.

L'article 434-15 du code pénal n'exige pas que les promesses ou offres, faites pour déterminer un témoin à des dépositions ou à des déclarations mensongères, lui soient adressées personnellement (Crim., 20 octobre 1999, pourvoi n° 99-80.088, *Bull. crim*. 1999, n° 230).

Doivent être condamnés du chef de subornation de témoins les dirigeants d'une société, qui ont sciemment sollicité des témoignages de salariés, en les menaçant de

licenciement, dans le dessein d'en faire état dans le cadre d'une instance prud'homale intentée par un autre salarié licencié, qui avait préalablement produit des attestations émanant de ces salariés, dès lors qu'ayant constaté que les attestations initiales étaient sincères, la cour d'appel en a déduit, à bon droit, que les témoignages en sens contraire ne pouvaient qu'être mensongers (Crim., 28 juin 2011, pourvoi n° 10-88.795).

Le refus de déférer (comparaître, prêter serment, déposer), enfin, prévu et réprimé par l'article 434-15-1, est une qualification qui semble en revanche devoir évoluer devant la fréquence croissante de cette attitude dans toutes les strates de la population : le fait de ne pas comparaître, de ne pas prêter serment ou de ne pas déposer, sans excuse ni justification, devant le juge d'instruction ou devant un officier de police judiciaire agissant sur commission rogatoire, par une personne qui a été citée par lui pour y être entendue comme témoin, est puni de 3 750 euros d'amende.

Créé par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, l'article 434-15-1 du code pénal s'est limité à reprendre, en les aménageant, les dispositions figurant auparavant à l'article 109 du code de procédure pénale relatif à la non-comparution d'un témoin devant le juge d'instruction.

Ainsi il a été jugé, sous l'empire du texte ancien, qu'en cas de demande de confrontation par la personne poursuivie, si le refus d'entendre un témoin à charge n'enfreint pas, en tant que tel, les dispositions de l'article 6 § 1 et § 3, d, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les juges pouvant tenir compte des difficultés particulières posées par l'audition contradictoire de ce témoin, tel le risque d'intimidations, de pressions ou de représailles, encore faut-il que ce refus ait lieu dans le respect des droits de la défense et que les juges s'expliquent sur l'impossibilité de la confrontation (Crim., 12 janvier 1989, pourvoi n° 88-81.592, *Bull. crim*. 1989, n° 13).

De même, saisie par un prévenu de conclusions tendant à l'audition des plaignantes, une cour d'appel ne peut se borner à rejeter la demande sans énoncer aucun motif, sans préciser si une confrontation avec les témoins avait eu lieu à un stade antérieur de la procédure et sans s'expliquer sur les raisons de son refus (Crim., 22 mars 1989, pourvoi n° 88-84.580, *Bull. crim*. 1989, n° 144, rendu au visa exprès de l'article 6 § 3, d, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales).

La jurisprudence s'est développée principalement à propos des personnes dispensées – ou parfois, interdites – de témoigner en raison du secret professionnel qui pèse sur elles. Il est ainsi du médecin, même délié par son patient (Crim., 8 avril 1998, *Dr. pén*. 1998, comm. n° 113 par M. Véron).

C. Preuves matérielles

Selon l'article 434-4 du code pénal, qui prévoit et réprime la destruction de preuves matérielles, « est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, en vue de faire obstacle à la manifestation de la vérité :

1° De modifier l'état des lieux d'un crime ou d'un délit soit par l'altération, la falsification ou l'effacement des traces ou indices, soit par l'apport, le déplacement ou la suppression d'objets quelconques ;

2° De détruire, soustraire, receler ou altérer un document public ou privé ou un objet de nature à faciliter la découverte d'un crime ou d'un délit, la recherche des preuves ou la condamnation des coupables.

Lorsque les faits prévus au présent article sont commis par une personne qui, par ses fonctions, est appelée à concourir à la manifestation de la vérité, la peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende ».

Le délit de destruction, soustraction d'objet ou document de preuve en vue de faire obstacle à la manifestation de la vérité prévu par l'article 434-4 du code pénal ne saurait s'appliquer à l'auteur de l'infraction principale et ne peut être constitué que par le fait de celui qui n'a pas participé à celle-ci (Crim., 24 novembre 2010, pourvoi n° 06-85.270, *Dr. pén.* n° 3, mars 2011, comm. 31 par M. Véron).

Il était apparu à l'occasion d'une poursuite du chef de blessures involontaires contre un gynécologue obstétricien que le compte rendu d'accouchement remis par le médecin aux parents, et sur lequel les experts commis au cours de l'information judiciaire s'étaient prononcés, n'était pas identique à celui produit lors des débats par une sage-femme, le premier document ayant été modifié par ledit médecin, conscient d'un risque d'engagement de sa responsabilité par les parents, de sorte que cette nouvelle version était susceptible de faire obstacle à la manifestation de la vérité, notamment en cas de poursuites pour blessures involontaires. À cette occasion, la chambre criminelle a jugé que le délit de destruction, soustraction ou altération de preuve prévu à l'article 434-4 du code pénal ne constituait pas une suite indivisible du délit de blessures involontaires qui ferait obstacle à l'exercice de poursuites à l'égard de leur auteur de ce chef (Crim., 16 mai 2012, pourvoi n° 11-83.834, *Bull. crim.* 2012, n° 123).

§ 2. Infraction prohibant les manœuvres

Les tentatives d'instrumentalisation de la justice trouvent une réponse dans la qualification d'escroquerie au jugement (A), dont le régime appelle quelques précisions (B).

A. Qualification d'escroquerie au jugement

La qualification d'escroquerie au jugement (1) fait l'objet de nombreuses applications (2).

1. Définition

Selon l'article 313-1 du code pénal, « L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge. L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende ». L'expression « escroquerie au jugement » vise une jurisprudence qui fait application de l'incrimination de l'article 313-1 du code pénal dans le cas où un individu parvient, en trompant un tribunal par la production d'une pièce fausse, à obtenir une décision qui portera atteinte au patrimoine d'autrui.

2. Applications

Malgré quelques prémisses dans la jurisprudence très ancienne (Crim., 12 novembre 1864, *D.P.* 1865, 5e partie, Escroquerie – 158 ; Crim., 19 juin 1936, *S.* 1937, 1, p. 313, note L. Hugueney ; Crim., 8 novembre 1962, *Bull. crim*. 1962, no 312, p. 649 ; *contra* : Crim., 9 septembre 1852, *Bull. crim*. 1852, no 310, p. 530 ; Crim., 10 août 1867, *Bull. crim*. 1867, no 189, p. 315 ; Crim., 29 avril 1915, *Bull. crim*. 1915, no 74, p. 142), il paraît hardi d'affirmer que la catégorie de l'escroquerie au jugement a été stabilisée dans les arrêts de la chambre criminelle avant une série de trois arrêts (Crim., 22 mai 1968, pourvoi no 67-92.782, *Bull. crim*. 1968, no 169, p. 409, *Gaz. Pal*. 1968, 2, p. 225 ; Crim., 7 janvier 1970, pourvoi no 69-90.114, *Bull. crim.* 1970, no 14, p. 30 ; Crim., 12 mai 1970, pourvoi no 69-90.026, *Bull. crim*. 1970, no 160, p. 374) comportant l'affirmation de principe selon laquelle « si l'exercice d'une action en justice constitue un droit, sa mise en œuvre peut constituer une manœuvre frauduleuse caractérisant le délit d'escroquerie ».

Depuis, l'existence de manœuvres a été relevée par la jurisprudence dans de nombreuses hypothèses, dont les suivantes, indiquées à titre d'exemple pour la période des vingt dernières années (voir aussi, plus anciennement : obtention d'une injonction de payer une dette éteinte en produisant une reconnaissance de dette mensongère et en usant de la fausse qualité d'huissier de justice : Crim., 4 juillet 1972, pourvoi no 71-92.515, *Bull. crim*. 1972, no 228 – présentation à un expert judiciaire de documents comptables falsifiés pour les besoins de la cause : Crim., 14 mars 1972, pourvoi no 71-91.077, *Bull. crim*. 1972, no 96, *Gaz. Pal.* 1972, II, p. 738, note J.-P. D., *Rev. sc. crim*. 1973, p. 130, obs. P. Bouzat ; dans le même sens, Crim., 16 mai 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 1, p. 159, *Rev. sc. crim*. 1980, p. 448, obs. P. Bouzat – production d'un reçu d'une somme supérieure à celle qui a été remise : Crim., 27 janvier 1977, pourvoi no 76-91.078, *Bull. crim*. 1977, no 39, *Rev. sc. crim*. 1980, p. 448, obs. P. Bouzat – présentation du constat d'huissier qui, sans être intrinsèquement mensonger, ne faisait que relater une mise en scène : Crim., 14 novembre 1979, pourvoi no 79-90.407, *Bull. crim*. 1979, no 321) :

– la production à un juge des ordres d'un jugement annulé par un arrêt de cour d'appel statuant sur renvoi de la Cour de cassation (Crim., 4 mars 1991, pourvoi no 90-80.321, *Bull. crim.* 1991, no 106 : constitue une mise en scène caractéristique des manœuvres frauduleuses de l'escroquerie la remise par un plaideur au juge des ordres d'un jugement qu'il savait sans valeur, cette décision, confirmée par un arrêt de cour d'appel, ayant été anéantie, après cassation, par la cour d'appel de renvoi) ;

– la production d'une liste de clients, partiellement fictive (Crim., 19 octobre 1993, pourvoi no 92-83.743, *Dr. pén*. 1994, comm. 36 par M. Véron : « Attendu qu'il appert de l'arrêt attaqué qu'à l'occasion d'une procédure en concurrence déloyale diligentée à l'encontre de la SA SNRA, Christian X… a versé aux débats une liste de 388 clients, en affirmant qu'ils avaient été abusivement démarchés par la SNRA nouvellement créée ; Attendu que, pour infirmer, au point de vue des intérêts civils, le jugement l'ayant relaxé du chef d'escroquerie, l'arrêt attaqué énonce notamment que quarante-trois des clients indiqués par X… n'avaient aucune relation avec ses sociétés et que le prévenu a versé aux débats une liste de clients qu'il savait manifestement fausse en partie ; Que les juges ajoutent encore que les agissements de X… ont constitué une manœuvre qui avait pour but de surprendre les juridictions saisies de la procédure en concurrence déloyale et pour conséquence de porter préjudice à la SNRA ; Attendu qu'en prononçant ainsi, la cour d'appel a, contrairement à ce qui est allégué, caractérisé les éléments constitutifs du délit poursuivi ; »)

– la production d'un faux contrat de travail fabriqué par montage (Crim., 30 novembre 1995, pourvoi n° 94-84.612 : «Attendu que pour déclarer Mohamed X… coupable de tentative d'escroquerie, les juges du second degré énoncent qu'il a, par l'intermédiaire de son avocat, produit devant la juridiction prud'homale, saisie du litige l'opposant à l'un de ses salariés pour licenciement abusif, la photocopie d'un faux contrat de travail à durée déterminée, reproduisant par montage la signature de son adversaire, et que cette tentative, qui tendait à "l'exonérer de toute responsabilité" devant cette juridiction, n'a manqué son effet que parce que celle-ci n'en a finalement pas tenu compte ; Attendu qu'en prononçant ainsi, la cour d'appel a justifié sa décision») ;
– la production de factures fictives correspondant à une dette effective, mais obtenues de façon telle que le créancier a usé de moyens dolosifs privant le débiteur de son libre arbitre (Crim., 30 octobre 1996, pourvoi n° 94-86.042 : «Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que Jean-Pierre X… et la société Paris Pétrole Distribution, qu'il dirige, ont été cités, la seconde comme civilement responsable, pour avoir commis un faux en écriture de commerce, en faisant porter, sur un relevé de compte, des factures inexistantes figurant à des dates erronées, ainsi que pour avoir fait sciemment usage de ce document falsifié, en le produisant dans une instance commerciale ; Attendu que, pour déclarer le prévenu coupable, après requalification, d'escroquerie au jugement, la juridiction du second degré retient que le relevé incriminé, qui ne faisait état que de factures fictives, a été établi par le comptable de la société sur les directives de Jean-Pierre X…, "en vue du recouvrement des factures clients", afin de conserver le bénéfice d'une hypothèque conventionnelle garantissant le solde débiteur de l'un des comptes clients de la société Chauvet, clôturé après apurement du passif ; qu'ultérieurement, le prévenu a produit ce document dans une instance commerciale l'opposant à cette société qui, par jugement, a été condamnée au paiement d'une somme comprenant le montant des factures fictives, objet du relevé mensonger ; Que les juges ajoutent qu'il n'importe que cette somme corresponde à une dette effective dès lors que, pour en obtenir la remise, le créancier a usé de moyens dolosifs privant le débiteur de son libre arbitre ; Attendu qu'en prononçant ainsi, la cour d'appel, qui n'a nullement méconnu l'étendue de sa saisine, a justifié sa décision sans encourir les griefs allégués») ;
– la prétention mensongère selon laquelle une marchandise n'a pas été livrée (Crim., 24 septembre 1996, pourvoi n° 94-84.528, *Dr. pén.* 1997, comm. 2 par M. Véron, *Rev. sc. crim.* 1997, p. 644, obs. R. Ottenhof) ;
– la production de fausses reconnaissances d'honoraires établies par l'épouse du prévenu (Crim., 26 mars 1998, pourvoi n° 96-85.636, *Bull. crim.* 1998, n° 117, *Gaz. Pal.* 1998, II, Chron. crim. par J.-P. Doucet, p. 121) ;
– diverses manipulations destinées à tromper un expert judiciaire (Crim., 6 septembre 2000, pourvoi n° 99-87.547, *Dr. pén.* 2001, comm. 30 par M. Véron : «Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué, que le groupe Amice-Soquet dirigé par Jean-Claude X… et qui a pour objet social l'élevage industriel des volailles avec un centre situé à Kergoff, s'est fourni en œufs à couver auprès de la société Le Helloco ; qu'à la suite d'une épidémie de salmonelles affectant les élevages industriels de volailles, ledit groupe a assigné en référé la société Le Helloco afin de désigner un expert pour déterminer l'origine de l'épidémie qu'il imputait à son fournisseur ; que Raymond Y…, salarié du groupe, et Jean-Claude X…, son dirigeant, ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel, le premier pour avoir tenté par des manœuvres frauduleuses, de tromper le tribunal de commerce de Saint-Brieuc, l'expert désigné par cette juridiction et la société Le Helloco en vue de déterminer celle-ci à remettre des fonds et décharger le groupe

Amice-Soquet de toute responsabilité dans l'épidémie de salmonelle qui sévissait dans ses élevages, et le second pour avoir, par ordre ou fourniture d'instructions, provoqué la tentative d'escroquerie commise par Raymond Y… ; Attendu qu'après avoir déclaré Raymond Y… coupable des faits visés à la prévention pour avoir procédé à une substitution d'étiquettes destinée à empêcher l'expert judiciaire de découvrir que les produits de l'élevage de Kergoff étaient eux aussi contaminés par la salmonelle et accueillir ainsi la demande en justice déposée par le groupe Amice-Soquet tendant à faire déclarer la société Le Helloco entièrement responsable de l'épidémie, la cour d'appel énonce que la machination à laquelle s'est livré Raymond Y… ne constitue de sa part que l'exécution des instructions données par Jean-Claude X… dans le cadre d'une stratégie délibérée consistant à ne rien révéler des contaminations des élevages du groupe Amice-Soquet pour faire supporter par la seule société Le Helloco les conséquences financières de la contamination portant sur l'ensemble des élevages ; Attendu qu'en cet état, et dès lors que la complicité par fourniture d'instructions est prévue tant par l'article 60 ancien du code pénal en vigueur au moment des faits que par l'article 121-7 dudit code applicable depuis le 1er mars 1994, la cour d'appel, qui en a caractérisé les éléments par des motifs relevant de son appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause, a justifié sa décision ; D'où il suit que le moyen ne peut qu'être écarté ; »).

– l'affirmation d'une expérience commerciale, pour convaincre les juges d'accéder à une offre de reprise partielle d'activité dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire (Crim., 11 janvier 2006, pourvoi n° 05-82.530, *Dr. pén.* 2006, comm. 48 par M. Véron).

B. Éléments du régime de l'escroquerie au jugement

Deux points retiendront ici l'attention : d'une part, le rôle du juge civil (1) et, d'autre part, la détermination du point de départ du délai de prescription (2).

1. Rôle du juge civil

La généralité de la catégorie d'« escroquerie au jugement » pouvait faire craindre un effet d'aspiration vers les juridictions pénales des recours civils extraordinaires, notamment de la révision. Un arrêt (Crim., 24 juin 1970, pourvoi n° 69-93.217, *Bull. crim.* 1970, n° 213) a coupé court à ce risque en énonçant : « On ne saurait voir une manœuvre frauduleuse, au sens de l'article 405 du Code pénal, dans la production, à l'appui d'une action en justice, d'une pièce dont le juge civil a précisément pour mission de déterminer le sens exact et la valeur probante. »

Mais les seules hypothèses dans lesquelles la qualification est exclue sont celles dans lesquelles il n'est pas établi que des manœuvres frauduleuses ont existé. Ainsi, le fait de produire, à l'appui d'une demande en justice, un état dressé par le demandeur lui-même, et énumérant des dettes qu'il prétend avoir payées pour le compte du défendeur, ne saurait, même si cet état est mensonger, caractériser, à lui seul, le délit d'escroquerie. Il n'en serait autrement que si l'arrêt relevait des manœuvres destinées à imprimer force et crédit à cet état et ainsi à tromper le juge ou la partie adverse (Crim., 9 avril 1973, pourvoi n° 72-91.514, *Bull. crim.* 1973, n° 184, p. 444 ; voir aussi Crim., 12 décembre 1996, pourvoi n° 96-81.662).

De même (Crim., 6 octobre 2010, pourvoi n° 10-81.075, *Gaz. Pal.* n° 6, 6 janvier 2011, p. 14, obs. E. Dreyer), il appartient au juge civil de déterminer les effets juridiques

des pièces produites, sans autre manœuvre leur donnant force ou crédit, à l'appui d'une action en justice.

Par suite, dès lors que la sincérité de l'acte produit par le demandeur est contestée, le juge pénal est compétent pour apprécier son caractère mensonger ou fictif et ne peut s'en remettre, sur ce point, à la décision du juge civil (production d'une reconnaissance de dette fictive : Crim., 22 mars 1973, pourvoi n° 72-90.523, *Bull. crim*. 1973, n° 147).

2. Point de départ de la prescription

Dans une affaire où les parties civiles accusaient un individu d'avoir usé de manœuvres frauduleuses pour obtenir à leur encontre une décision d'arbitrage, la Cour de cassation a posé en règle qu'en matière d'escroquerie au jugement le délit a été consommé le jour où la sentence arbitrale est devenue exécutoire (Crim., 30 juin 2004, pourvoi n° 03-85.019, *Bull. crim.* 2004, n° 178, *AJ pénal* 2004, p. 405, obs. J. Coste).

§ 3. Lois de blocage

La chambre criminelle (Crim., 12 décembre 2007, pourvoi n° 07-83.228, *Bull. crim*. 2007, n° 309) a eu à connaître des conditions dans lesquelles il peut être permis de rechercher et d'obtenir des preuves en France, spécialement lorsqu'un droit processuel étranger autorise la recherche de preuves dans des conditions moins strictes ou moins sûres que celles prévues dans nos codes nationaux.

Le tribunal fédéral de Californie, saisi d'un litige portant sur les conditions de la reprise de la société d'assurance vie nord-américaine Executive Life et opposant le commissaire aux assurances de cet État à la société Mutuelle d'assurance artisanale de France (MAAF), avait délivré des commissions rogatoires civiles internationales tendant à la communication, par cette dernière société, de documents se rapportant au litige, selon les modalités définies par la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale. L'avocat français du commissaire aux assurances a contacté un ancien administrateur de la MAAF pour obtenir des renseignements sur les conditions dans lesquelles avaient été prises les décisions du conseil d'administration de cette société à l'époque du rachat d'Executive Life, alléguant que « les membres du conseil d'administration n'avaient pas été bien informés… qu'il n'avait pas été débattu de la question et que les décisions auraient été prises dans les couloirs ». Sur plainte avec constitution de partie civile de la MAAF, cet avocat a été renvoyé devant le tribunal pour avoir demandé ou recherché des renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères, faits prévus et réprimés par les articles 1 bis et 3 de la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968, modifiée par la loi n° 80-538 du 16 juillet 1980.

Ainsi que l'indique le rapporteur du dossier, l'examen des travaux préparatoires de cette dernière loi montre que :
– elle avait initialement pour objet d'étendre aux transports aériens l'interdiction faite, par la loi du 26 juillet 1968, aux personnels des compagnies de transport maritime de communiquer aux autorités étrangères certains renseignements d'ordre économique ou financier concernant leur entreprise (Sénat, 1re lecture) ;

– cet objet a été étendu par l'Assemblée nationale, puis par le Sénat en deuxième lecture, à la communication à une autorité étrangère, en dehors de l'application des traités internationaux, de « tous renseignements d'ordre économique, commercial, technique, industriel ou financier » afin de « mettre un frein à la volonté des États-Unis d'imposer une application extra-territoriale de leurs lois » et de « protéger notre économie contre une législation et une inquisition étrangères abusives » ;
– en sens inverse, l'article 1 bis sur la recherche et la communication de documents a été modifié en seconde lecture à l'Assemblée nationale pour en réduire la portée, puisqu'il a été décidé que l'interdiction devait être édictée sous réserve des traités et accords internationaux, être limitée aux renseignements « d'ordre économique, commercial, technique, industriel ou financier » recherchés à l'occasion ou en vue d'une procédure étrangère, enfin être réservée aux renseignements destinés à constituer des preuves obtenues illégalement pour les produire au cours d'une procédure étrangère.

La chambre criminelle a cependant approuvé la cour d'appel qui avait déclaré coupable l'avocat poursuivi. Dans son arrêt du 12 décembre 2007, il est relevé dans la motivation des juges du fond que le prévenu ne s'est pas contenté d'approcher, de manière neutre, des personnes dont le témoignage aurait pu être ultérieurement sollicité conformément aux dispositions de la Convention de La Haye, mais a obtenu, ou, en tout cas tenté d'obtenir, la preuve que les administrateurs de la MAAF avaient pris leur décision en pleine connaissance de cause ; que le prévenu a recherché, alors qu'il était dépourvu de tout mandat autorisé au sens de la convention précitée, des informations à caractère économique, commercial ou financier tendant à la constitution de preuves, susceptibles de justifier la désignation de la personne approchée comme témoin à charge dans la procédure suivie devant la juridiction californienne et d'orienter son interrogatoire ultérieur ; que, contrairement à ce que soutient le prévenu, l'incrimination, qui vise à limiter les abus pouvant être commis dans la recherche de la preuve, ne constitue pas une entrave disproportionnée aux droits de la défense, dont l'exercice est assuré par les garanties attachées aux procédures instaurées par la Convention de La Haye. En l'état de ces énonciations, d'où il résulte que les renseignements recherchés sur les circonstances dans lesquelles le conseil d'administration de la MAAF a pris ses décisions sur le rachat de la société Executive Life sont d'ordre économique, financier ou commercial et tendent à la constitution de preuves dans une procédure judiciaire étrangère, la chambre criminelle approuve la déclaration de culpabilité qui était critiquée devant elle.

TITRE 2 – PRINCIPES GOUVERNANT L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

La liberté de la preuve, même lorsqu'elle est affirmée, ne saurait être absolue. Elle doit naturellement être limitée, notamment pour respecter les autres libertés qui peuvent être en concours. Il est donc de principe que toutes les preuves ne peuvent être admises devant le juge.

Il est en particulier nécessaire qu'elles aient pu faire l'objet d'un véritable débat. Le juge met ainsi, au nom du principe de la contradiction, chaque partie en mesure d'examiner et de contester les preuves avancées par l'autre (chapitre 1).

Il veille également à ce que les preuves employées par les parties soient obtenues de manière régulière. La manifestation de la vérité ne justifie nullement que des procédés illicites ou déloyaux soient employés. L'admission des preuves impose donc un contrôle judiciaire (chapitre 2).

Chapitre 1 – Principe de la contradiction et droits de la défense

Le principe de la contradiction est l'un des fondements du procès équitable. Le juge doit assurer et faire assurer son respect. Mais, comme tout principe, il peut arriver que, dans certaines situations, un intérêt légitime supérieur, comme la nécessité de garantir le respect du secret médical ou de protéger le témoin d'un risque de représailles, nécessite le recours à des procédés de preuve non contradictoires, ou à la contradiction limitée.

Le respect du principe de la contradiction doit être assuré tout au long de la procédure, tant au cours des mesures préparatoires à la décision (section 1) qu'en ce qui concerne l'accès aux sources d'information (section 2). En matière pénale, domaine où les libertés individuelles sont directement dans le débat, ce principe revêt une importance particulière (section 3).

Section 1 – Principe de la contradiction lors des investigations

La Cour de cassation s'attache à faire respecter le principe de la contradiction s'agissant, notamment, des expertises (§ 1) et des visites domiciliaires en matière fiscale (§ 2).

§ 1. Expertise

La Cour de cassation assure un contrôle strict du respect du principe de la contradiction au cours même des opérations d'expertise judiciaire (A), dont elle tempère les effets lorsqu'il s'agit d'expertises amiables (B).

A. Garantie des droits de la défense au cours de l'expertise

Le principe de la contradiction s'appliquant à l'expertise (1), sa violation appelle une sanction (2).

1. Principe de la contradiction appliqué à l'expertise

Le code de procédure civile comporte un ensemble de dispositions prévoyant les conditions dans lesquelles les parties sont associées au déroulement de l'expertise, assurant ainsi le respect des droits de la défense au stade de l'expertise. L'expert agissant sur délégation du juge, il est souvent fait référence au respect par l'expert du principe de la contradiction, alors que cette obligation n'est faite qu'au juge par le code de procédure civile. D'ailleurs, la Cour de cassation vise parfois ce principe pour sanctionner des violations par l'expert de ses obligations à l'égard des parties (1re Civ., 1er février 2012, pourvoi no 10-18.853, *Bull.* 2012, I, no 20). On peut donc dire que « les principes fondamentaux de procédure qui garantissent l'équité du procès » s'appliquent au

stade de l'expertise (*Droit de l'expertise*, *sous la direction de Tony Moussa*, Dalloz action 2009/2010, § 211-21).

Ainsi, il est jugé que l'obligation, pesant sur le juge, de ne trancher le litige que sur des pièces soumises à la libre discussion des parties, n'est pas satisfaite par la simple communication du rapport d'expertise au cours de la procédure (2e Civ., 28 février 2006, pourvoi no 04-12.616 ; 2e Civ., 3 novembre 2005, pourvoi no 03-18.705). C'est donc dès la phase d'expertise que les parties doivent être en mesure d'avoir un débat contradictoire. La jurisprudence de la Cour de cassation est ainsi conforme aux exigences qui résultent de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, 18 mars 1997, Mantovanelli c. France, requête no 21497/93 ; CEDH, 18 février 2010, Baccichetti c. France, requête no 22584/06).

L'expert a, en premier lieu, l'obligation de convoquer les parties aux opérations d'expertise (2e Civ., 20 décembre 2001, pourvoi no 00-10.633, *Bull.* 2001, II, no 202). L'article 160 du code de procédure civile dispose que les parties et les tiers qui doivent apporter leur concours aux mesures d'instruction, ainsi que leur défenseur, sont convoqués par la personne exécutant la mesure d'instruction et énonce les modalités de convocation. Cet article, figurant dans les dispositions communes aux mesures d'instruction, s'applique non seulement aux mesures d'expertise, mais également aux constatations régies par les dispositions des articles 249 et suivants du code de procédure civile (2e Civ., 5 mars 2009, pourvoi no 08-11.650, *Bull.* 2009, II, no 66). Il a été jugé que l'obligation de convocation concerne toutes les réunions (1re Civ., 9 juin 1982, pourvoi no 81-11.455, *Bull.* 1982, I, no 219 ; 3e Civ., 7 février 2007, pourvoi no 05-20.410, *Bull.* 2007, III, no 20 ; 2e Civ., 13 mars 2008, pourvoi no 07-13.412).

Dans les cas où l'expert s'est adjoint les services d'un technicien d'une autre spécialité que la sienne (article 278 du code de procédure civile), il ne peut fonder ses conclusions sur l'avis de celui-ci qu'à la condition de donner connaissance de cet avis aux parties, afin qu'elles puissent le discuter devant lui (2e Civ., 21 janvier 2010, pourvoi no 07-13.552, *Bull.* 2010, II, no 16 ; 2e Civ., 15 avril 2010, pourvoi no 09-10.239, *Bull.* 2010, II, no 83 ; 1re Civ., 1er février 2012, pourvoi no 10-18.853, *Bull.* 2012, I, no 20).

De même, s'il est admis que l'expert effectue seul des constatations purement matérielles, dans des situations particulières le justifiant (mesure de bruits nocturnes, étude de pièces comptables, mesurage de locaux…), c'est à la condition de réunir ensuite les parties pour leur faire part de celles-ci (2e Civ., 13 janvier 2005, pourvoi no 04-12.623 ; 2e Civ., 15 mai 2003, pourvoi no 01-12.665, *Bull.* 2003, II, no 147 ; 2e Civ., 3 novembre 2005, pourvoi no 03-18.705 ; 2e Civ., 26 octobre 2006, pourvoi no 05-10.843).

Les parties et leur conseil peuvent formuler des observations auprès de la personne chargée de la mission d'instruction ; selon l'article 276 du code de procédure civile, l'expert doit les prendre en considération et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent. Le décret no 2005-1678 du 28 décembre 2005 a apporté diverses précisions à cette obligation afin qu'elle n'induise pas des contraintes telles qu'elles génèrent des retards indus dans le dépôt du rapport. Ainsi, l'expert peut fixer un délai aux parties pour le dépôt des observations et si les parties déposent plusieurs dires, l'expert n'est tenu de répondre qu'au dernier d'entre eux. On reconnaît ici un mécanisme similaire à celui s'appliquant aux conclusions déposées devant le juge (article 753 du code de procédure civile).

Les procès-verbaux, avis ou rapports établis à l'occasion ou à la suite de l'exécution d'une mesure d'instruction sont adressés ou remis en copie à chacune des parties (article 173 du code de procédure civile). Le code de procédure civile n'impose pas à l'expert d'établir un prérapport avant le dépôt de son rapport définitif, mais de nombreuses missions d'expertise le prévoient.

2. Sanction du principe

Deux sanctions sont appliquées : la nullité entre les parties au litige (a), l'inopposabilité à l'égard des tiers (b).

a. Nullité

La question est ici de savoir comment la partie à une expertise peut faire sanctionner, dans le litige au fond, la violation par l'expert du principe de la contradiction à son égard, quelle que soit la forme qu'a pu prendre cette violation : absence totale de convocation de la partie, absence de convocation de la partie ou de son conseil à une ou plusieurs réunions, absence de réponse à dire… Cette situation est à distinguer de celle de l'opposabilité d'une expertise à un tiers, situation qui sera examinée plus loin.

À titre préliminaire, il convient de rappeler que la demande de nullité de l'expertise formée à titre principal est irrecevable et que le juge doit relever cette irrecevabilité d'office (2e Civ., 3 mai 2007, pourvoi no 06-12.190, *Bull.* 2007, II, no 116 ; voir aussi 2e Civ., 2 décembre 2004, pourvoi no 02-20.205, *Bull.* 2004, II, no 513) : le rapport d'expertise est un élément de preuve produit au soutien d'une prétention soumise au juge.

La doctrine de la Cour de cassation a connu des évolutions en ce qui concerne la question de la sanction des obligations de l'expert et a parfois été marquée par des divergences entre ses chambres. S'il est certain qu'une expertise effectuée sans que l'expert respecte le principe de la contradiction encourt l'annulation, la question de savoir si cette sanction suppose que la partie établisse que la violation du principe de la contradiction lui a causé un grief a fait difficulté.

C'est pourquoi la Cour de cassation s'est réunie en chambre mixte le 14 septembre 2012, pour se prononcer sur le régime des sanctions des irrégularités de l'expertise judiciaire. Par l'arrêt rendu le 28 septembre 2012 (Ch. mixte, 28 septembre 2012, pourvoi no 11-11.381, *Bull.* 2012, Ch. mixte, no 1), la chambre mixte a clairement précisé que la partie à une instance dans laquelle une expertise a été diligentée et qui se plaint de violation de ses droits au stade de l'expertise ne peut que solliciter la nullité du rapport et non son inopposabilité. Par ailleurs, cette formation solennelle a rappelé que cette nullité suivait les règles applicables en matière de nullité des actes de procédure, comme le prévoit l'article 175 du code de procédure civile. Par un chapeau intérieur elle a jugé : « les parties à une instance au cours de laquelle une expertise judiciaire a été ordonnée ne peuvent invoquer l'inopposabilité du rapport d'expertise en raison d'irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise, lesquelles sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du code de procédure civile qui renvoient aux règles régissant les nullités des actes de procédure ».

Ainsi, la partie ne peut qu'invoquer un vice de forme ou une irrégularité de fond, étant rappelé que, depuis un arrêt de la chambre mixte du 7 juillet 2006 (Ch. mixte, 7 juillet 2006, pourvoi no 03-20.026, *Bull.* 2006, Ch. mixte, no 6), ces derniers sont

limitativement énumérés à l'article 117 du code de procédure civile. Cela implique que la partie qui n'invoque qu'un vice de forme (par exemple l'absence de convocation ou de convocation régulière à une réunion d'expertise) devra prouver le grief que lui a causé l'irrégularité en cause. Il appartiendra alors au juge du fond, saisi de ce moyen, d'apprécier souverainement si ce vice a empêché la partie de faire valoir ses arguments devant l'expert. Dans l'affaire jugée par la chambre mixte le 28 septembre 2012, la partie n'ayant pas sollicité l'annulation du rapport, son pourvoi a été rejeté.

Il faut noter que si un rapport est annulé à la demande de l'une des parties au procès, cette nullité vaut à l'égard de toutes les parties, quand bien même n'auraient-elles pas invoqué la nullité (2e Civ., 15 avril 2010, pourvoi no 09-10.239, *Bull.* 2010, II, no 83).

b. Inopposabilité

La question de l'opposabilité d'une expertise peut se poser dans deux situations distinctes. Il se peut, en premier lieu, qu'une expertise ait été ordonnée entre deux parties (en référé ou au fond) et qu'un tiers devienne partie à l'instance ultérieurement, soit que n'ayant pas été partie à l'instance de référé, il soit assigné au fond, soit qu'il ne soit appelé à la procédure qu'après le dépôt du rapport d'expertise judiciaire. Il se peut, en second lieu, que l'expertise réalisée au contradictoire des parties à une instance déterminée soit invoquée dans une autre instance, impliquant deux autres parties ou seulement l'une des parties au premier litige. Dans ces deux cas, il s'agit d'opposer une expertise à une partie au contradictoire de laquelle elle n'a pas été réalisée. Cette situation est donc différente du cas, envisagé précédemment, dans lequel l'expertise a été ordonnée au contradictoire de toutes les parties, mais où l'expert n'a pas respecté toutes les obligations pesant sur lui pour garantir les droits de la défense de chacune d'elles.

En matière d'opposabilité, l'article 175 du code de procédure civile, relatif à la seule nullité du rapport, ne peut s'appliquer. Il s'agit ici d'une question de recevabilité ou d'admissibilité de l'expertise produite à titre de preuve : la pièce produite, en l'occurrence le rapport d'expertise, peut-il valoir contre une partie qui n'a pu faire valoir ses arguments lors de son élaboration ?

La deuxième chambre civile, dans sa jurisprudence la plus récente (2e Civ., 17 avril 2008, pourvoi no 07-16.824, *Bull.* 2008, II, no 95 ; 2e Civ., 8 septembre 2011, pourvoi no 10-19.919, *Bull.* 2011, II, no 166) juge que l'expertise ordonnée dans une autre instance peut être prise en considération dès lors qu'elle a été régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire des parties. Elle reprend ainsi la position adoptée par la chambre commerciale dans certains de ses arrêts (Com., 15 février 2000, pourvoi no 97-16.770, *Bull.* 2000, IV, no 33 ; Com., 24 mai 2005, pourvoi no 04-10.324).

Il ressort d'arrêts de la troisième chambre civile que certaines circonstances de fait peuvent conduire à limiter le champ de cette jurisprudence, en exigeant qu'un tel rapport soit étayé par d'autres éléments de preuve (3e Civ., 12 janvier 2011, pourvoi no 10-10.520, *Bull.* 2011, III, no 4). Ainsi, cette chambre a jugé, le 27 mai 2010, qu'ayant relevé « que les opérations d'expertise s'étaient déroulées au contradictoire du maître d'œuvre à l'exclusion de toute autre partie et que les entreprises intervenantes et l'[assureur de l'une d'entre elles] n'avaient été [mis] en cause par l'architecte que plus de deux années après le dépôt du rapport, et retenu que la communication de ce rapport en cours d'instance ne suffisait pas à assurer le respect du contradictoire, la

cour d'appel devant laquelle l'inopposabilité de l'expertise était soulevée et aucun autre élément de preuve n'était invoqué, a exactement retenu qu'aucune condamnation ne pouvait intervenir à l'encontre des appelés en garantie sur la base de ce seul rapport d'expertise » (3e Civ., 27 mai 2010, pourvoi no 09-12.693, *Bull.* 2010, III, no 104 ; dans le même sens, 3e Civ., 12 janvier 2011, pourvoi no 10-10.520, *Bull.* 2010, III, no 4). La première chambre s'appuie également souvent sur l'existence d'autres éléments de preuve pour considérer que l'expertise pouvait être opposée à la partie qui n'avait pas été appelée à la procédure dans laquelle l'expertise avait été ordonnée (1re Civ., 1er juillet 2003, pourvoi no 01-02.700 ; 1re Civ., 14 avril 2010, pourvoi no 08-20.386), mais admet parfois que cette circonstance n'est pas nécessaire (1re Civ., 2 avril 2009, pourvoi no 08-12.065).

B. Expertise amiable non contradictoire

Le montant du loyer cristallise souvent les antagonismes entre les parties au bail. Il oblige, dans les statuts locatifs impératifs, le législateur à dégager des règles de compromis, de telle sorte que le loyer ne soit pas trop lourd pour le locataire, mais qu'il ne soit pas non plus si faible que les bailleurs soient dissuadés de proposer leurs biens à la location.

Le statut des baux commerciaux prévoit ainsi, pour la fixation du loyer du bail renouvelé, un dispositif censément respectueux des intérêts des deux cocontractants.

Selon l'article L. 145-34 du code de commerce, à moins d'une modification notable des éléments mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 145-33 du même code, soit, notamment, les facteurs locaux de commercialité (définis à l'article R. 145-6 du même code), le loyer du bail renouvelé est plafonné.

Il est depuis longtemps reconnu aux juges du fond le pouvoir d'apprécier souverainement le caractère notable de la modification des éléments de calcul du loyer (voir, par exemple, 3e Civ., 25 juin 1975, pourvoi no 74-13.069, *Bull.* 1975, III, no 219).

À cette fin, ils apprécient tout aussi souverainement les éléments de preuve qui leur sont soumis par le bailleur à l'appui de sa demande de déplafonnement fondée sur une modification notable des facteurs locaux de commercialité (3e Civ., 24 janvier 2001, pourvoi no 99-12.688).

S'il est entendu qu'une telle preuve peut être administrée par tous moyens, est-il envisageable que le bailleur puisse exciper des résultats d'une expertise diligentée à son initiative et, qui plus est, non contradictoire ?

La troisième chambre civile a apporté à cette question délicate une réponse nuancée. Aux termes d'un arrêt en date du 3 février 2010 (3e Civ., 3 février 2010, pourvoi no 09-10.631, *Bull.* 2010, III, no 31), elle a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui s'était fondée exclusivement sur une expertise de la sorte pour se prononcer sur le déplafonnement du loyer d'un bail renouvelé (« Qu'en statuant ainsi, en se fondant exclusivement sur une expertise non contradictoire établie à la demande d'une des parties, la cour d'appel, qui a méconnu le principe de l'égalité des armes, a violé le texte susvisé [article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] »).

Fondée sur le principe conventionnel dit d'« égalité des armes », qui régit la matière de la preuve devant les juridictions, cette décision peut être regardée comme assurant

un certain équilibre entre les parties : s'il n'est pas interdit au bailleur de produire, pour démontrer l'existence d'une évolution notable des facteurs locaux de commercialité, un rapport d'expertise amiable établi à sa seule initiative et à l'insu du locataire, il est fait défense au juge du bail d'appuyer sa décision sur cette seule preuve « unilatérale », serait-elle soumise *a posteriori* à la discussion du locataire dans le cadre de l'instance. Ce juge devra donc, s'il entend utiliser cette preuve à l'appui de sa décision, l'étayer par d'autres, non suspectes de partialité, parmi lesquelles, le cas échéant, une expertise judiciaire ordonnée par ses soins.

§ 2. Visites domiciliaires en matière fiscale

La jurisprudence a considéré qu'il convenait d'imposer à l'administration, dès lors qu'une demande était faite, de transmettre les pièces à l'auteur de l'appel. La faculté de consultation du dossier au greffe, prévue par l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, ne dispense pas l'administration de communiquer à la partie qui le demande les pièces dont elle fait état. Si la faculté pour la partie qui exerce, en application de l'article L. 16 B, II, du livre des procédures fiscales, un appel contre une ordonnance autorisant des visites et saisies, de consulter au greffe les pièces présentées par l'administration fiscale pour obtenir cette autorisation, ne dispense pas l'administration de communiquer la copie de ces pièces à cette partie lorsqu'elle en fait la demande, le premier président saisi seulement d'une demande tendant à obtenir du greffe copie des pièces communiquées par l'administration au soutien de sa requête d'autorisation peut rejeter cette demande (Com., 2 février 2010, pourvoi n° 09-13.795, *Bull.* 2010, IV, n° 29 ; Com., 2 février 2010, pourvoi n° 09-14.821, *Bull.* 2010, IV, n° 27 ; Com., 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-67.382 ; Com., 1er juin 2010, pourvoi n° 09-16.392 : « Mais attendu que les dispositions de l'article 164 de la loi du 4 août 2008, qui introduisent la possibilité d'un appel devant le premier président de la cour d'appel en matière de droit de visite des agents de l'administration des impôts permettent d'obtenir un contrôle juridictionnel effectif de la décision prescrivant la visite ; qu'ayant retenu que le dossier transmis par le tribunal de grande instance ne comportait que la requête, visant et décrivant les pièces qui en étaient le support, et l'ordonnance du juge reprenant dans ses attendus les pièces fondant sa décision, et qu'une audience avait permis de récoler ces pièces par la mise à disposition d'une copie des archives de l'administration fiscale et l'envoi à l'avocat de l'appelant d'une copie dématérialisée de ces pièces, le premier président en a déduit à bon droit que la procédure n'avait pas porté atteinte aux droits de M. X… qui avait bénéficié d'un recours effectif ; que le moyen n'est pas fondé »).

Section 2 – Principe de la contradiction et secret

Le principe de la contradiction rencontre des limites lorsque sont en cause certains secrets. Le secret médical en matière d'accident du travail (§ 1) et celui de l'identité des syndiqués (§ 2) illustrent cette difficulté.

§ 1. Secret médical en matière d'accident du travail

La prise en charge des accidents du travail et des maladies professionnelles réunit en un rapport triangulaire la victime (ou ses ayants droit), l'employeur et l'organisme de sécurité sociale. C'est à ce dernier qu'il revient de procéder à la reconnaissance de

l'accident ou de la maladie et à l'indemnisation de la victime (versement des prestations légales), ainsi qu'à la tarification du risque pour la détermination du taux des cotisations dues au titre du risque professionnel par l'employeur. Ce dernier peut avoir intérêt, dès lors, à contester non seulement la qualification même, au regard des dispositions du livre IV du code de la sécurité sociale, de l'accident ou de la maladie, mais également les modalités de son indemnisation, s'agissant en particulier de la fixation du taux d'incapacité permanente partielle applicable à la rente allouée à la victime après consolidation.

La contestation pouvant porter en la matière sur des questions d'ordre médical touchant la victime (imputation de séquelles à un précédent accident, détermination de la date de la guérison ou de la consolidation, taux d'incapacité permanente), la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur l'équilibre à retenir entre les exigences opposées de la protection de la vie privée de la victime et de la faculté pour l'employeur de défendre ses droits. La question s'est posée, plus particulièrement, devant les juridictions du contentieux technique de la sécurité sociale (tribunaux du contentieux de l'incapacité et Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail) appelées à statuer sur les litiges nés de la contestation du taux d'incapacité permanente partielle après consolidation de l'état de la victime.

La Cour de cassation a procédé à une distinction :

– Le respect de la vie privée et le secret médical (lequel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin), garantis respectivement par les articles 9 du code civil et R. 4127-4 du code de la santé publique, font normalement obstacle à la communication à l'employeur de toutes pièces administratives et médicales se rapportant à l'état de la victime, la seule sollicitation de l'attribution des prestations dues au titre de la législation professionnelle ne valant pas accord de la victime, ni absence d'opposition de sa part, à la levée du secret médical (2e Civ., 13 novembre 2008, pourvoi no 07-18.364, *Bull.* 2008, II, no 240, *Rapport annuel* 2008, p. 264 ; 2e Civ., 19 février 2009, pourvoi no 08-11.959 [1er moyen, 1re branche], *Bull.* 2009, II, no 62) ;

– Dès lors que l'organisme ne communique pas à l'employeur les pièces nécessaires à un réel débat contradictoire, ce dernier ne peut exercer son droit à un recours ; le respect des principes d'un procès équitable conduisent alors à rendre inopposable à l'employeur la décision de l'organisme fixant le taux d'incapacité permanente partielle de la victime d'un accident du travail (2e Civ., 19 février 2009, pourvois no 08-11.959 [2e moyen] et no 08-11.888 [deux arrêts], *Bull.* 2009, II, no 62).

La question a fait l'objet, il convient de le souligner, d'aménagements. Les dispositions de l'article L. 143-10 du code de la sécurité sociale ont ainsi été modifiées par l'article 79 de la loi no 2009-879 du 21 juillet 2009 à effet d'instituer, dans le cadre de l'expertise organisée par la juridiction du contentieux technique, la communication du dossier médical au médecin-expert et, par l'intermédiaire de celui-ci, au praticien désigné par l'employeur. Une suggestion de même facture a été formulée, dans ses *Rapports annuels*, par la Cour de cassation de manière à permettre la communication, à la demande de l'employeur, au bénéfice du praticien qu'il mandate à cet effet, du dossier constitué par le service du contrôle médical de l'organisme et adressé à l'expert médical dans les litiges portés devant les juridictions du contentieux général (*Rapport annuel* 2010, p. 24, *Rapport annuel* 2011, p. 26, *Rapport annuel* 2012, p. 44).

§ 2. Secret de l'identité des syndiqués en matière de preuve de l'existence d'une section syndicale

Comment un syndicat peut-il établir sa présence effective dans l'entreprise ? Au premier chef, en démontrant avoir des adhérents au sein de la structure. C'est pourquoi les textes de droit du travail ont toujours exigé que, pour exercer au sein de l'entreprise certaines prérogatives, un syndicat doive démontrer, entre autres, avoir créé au sein de celle-ci une section syndicale, c'est-à-dire un pôle de contacts entre le syndicat et ses adhérents.

La difficulté est qu'une telle démonstration, lorsqu'elle se fait en justice dans le cadre d'un contentieux, nécessite de faire connaître, de manière contradictoire, le nom des salariés de l'entreprise qui ont choisi d'adhérer au syndicat dont l'implantation est contestée. Or la partie adverse dans le contentieux est le plus souvent l'employeur, dont on peut craindre qu'il n'ait à l'égard des salariés dont il découvre l'adhésion syndicale une réaction négative.

Consciente de cette problématique importante, la chambre sociale avait, dans un premier temps, élaboré une jurisprudence permettant au syndicat, lorsqu'il établissait qu'il existait dans l'entreprise un « risque de représailles » envers les salariés syndiqués, de ne pas faire connaître à l'employeur, dans le cadre de la procédure judiciaire, le nom des adhérents qu'il revendiquait (Soc., 12 décembre 1990, pourvoi n° 89-60.811, *Bull.* 1990, V, n° 669). Cette jurisprudence, vécue comme une exception au principe de la contradiction, nécessitait cependant au préalable qu'il soit bien établi un risque de représailles, ce qui, outre la difficulté d'une telle preuve, transformait le litige d'une simple discussion sur une implantation syndicale en une procédure accusatoire vis-à-vis de l'employeur (J.-M. Verdier, « Secret et principe du contradictoire : la liberté syndicale en question ? À propos des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation des 12 janvier et 4 mai 1993 », *Dr. soc.* n° 11, novembre 1993, p. 866).

En 1997 (Soc., 27 mai 1997, pourvoi n° 96-60.239, *Bull.* 1997, V, n° 194), la chambre sociale a décidé de modifier cette jurisprudence et, estimant sans solution la question de la preuve contradictoire de l'existence d'adhérents syndicaux, a purement et simplement abandonné toute nécessité de preuve à cet égard : l'exercice d'une prérogative par un syndicat représentatif suffisait à démontrer l'existence d'une section syndicale.

Mais en 2008, la question a été rouverte par le législateur. La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail évoque à nouveau, en effet, la nécessité pour les syndicats de constituer une section syndicale en entreprise pour y exercer des prérogatives et précise que la création de la section syndicale est conditionnée à l'existence de « plusieurs adhérents » (article L. 2142-1 nouveau du code du travail : « Dès lors qu'ils ont plusieurs adhérents dans l'entreprise ou dans l'établissement, chaque syndicat qui y est représentatif, chaque syndicat affilié à une organisation représentative au niveau national et interprofessionnel ou chaque organisation syndicale qui satisfait aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance et est légalement constituée depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise concernée peut constituer au sein de l'entreprise ou de l'établissement une section syndicale qui assure la représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres conformément à l'article L. 2131-1 »).

La jurisprudence a donc dû à nouveau s'interroger sur la possibilité de faire se concilier deux principes : le droit au secret de l'adhésion syndicale et le principe de la contradiction dans le procès.

Les acteurs, à l'unanimité, refusaient un retour à la jurisprudence connue sous le nom de « risque de représailles ». À l'unanimité également, ils considéraient comme inopportune la connaissance par toutes les parties au litige du nom des adhérents d'un syndicat. Avec l'évolution de la société et du droit, les employeurs eux-mêmes faisaient valoir que le fait qu'ait été porté à leur connaissance le nom des salariés syndiqués dans leur entreprise risquait de leur imposer une vigilance particulière pour éviter les suspicions de discrimination qui s'ensuivraient. Mais la loi était claire : l'exercice des prérogatives syndicales en entreprise d'une section syndicale nécessitait bien, en cas de contestation, de démontrer l'existence d'une section syndicale et donc d'adhérents. Dans un arrêt Okaïdi du 8 juillet 2009 (Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 09-60.011, *Bull.* 2009, V, n° 180), la chambre sociale a donc, de manière exceptionnelle, au visa de l'alinéa 6 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, de l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'article 9 du code civil et des articles L. 2141-4, L. 2141-5 et L. 2142-1 du code du travail, décidé que : « En cas de contestation sur l'existence d'une section syndicale, le syndicat doit apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut prendre connaissance ».

Pour cette décision inhabituelle, la chambre sociale a pris appui sur la nécessaire protection de la vie privée du salarié, lequel, adhérent d'un syndicat, n'est absolument pas partie au litige qui oppose son syndicat à l'employeur ou à d'autres syndicats, et qui n'a donc pas à voir son nom révélé dans ce cadre. Le Bureau international du travail (BIT) a d'ailleurs à plusieurs reprises affirmé l'engagement syndical d'un salarié comme élément de sa vie personnelle. Dans ce cadre, la protection des droits individuels a justifié une dérogation exceptionnelle au principe de la contradiction, dérogation que la Cour de cassation rappelle constamment être limitée au strict nécessaire (voir, par exemple, Soc., 14 décembre 2010, pourvoi n° 10-60.137, *Bull.* 2010, V, n° 290) : le syndicat conserve la charge de prouver l'existence d'une section syndicale, par tous moyens, et de communiquer les documents de preuve au tribunal et aux autres parties. Mais, les éléments d'identification qui peuvent figurer sur ces documents doivent être rendus illisibles ou supprimés lors de la communication aux parties adverses.

Ce faisant, comme le souligne un auteur (M. Grévy, « Droit syndical dans l'entreprise : quand la Cour de cassation conjugue l'audace et le réalisme. Observations sur l'arrêt *Okaïdi* », *Rev. dr. trav.* n° 12, décembre 2009, p. 729 ; voir également J. Mouly, « La confidentialité de l'affiliation syndicale ou l'avènement, en droit interne, de la "vie privée professionnelle" », *D.* 2010, p. 282), la jurisprudence de la chambre sociale est en phase avec la jurisprudence européenne : « Le droit à un procès équitable, protégé par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et dont le principe du contradictoire est, dans le cadre de l'égalité des armes, le corollaire, implique que tous les éléments de preuve soient communiqués et débattus entre les parties. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que ce droit, qui n'est pas absolu, n'exclut pas un aménagement des règles probatoires afin

de préserver les droits fondamentaux de tiers, parmi lesquels figure le droit au respect de la vie privée, également protégé par cette convention. Le rattachement de l'appartenance syndicale à la "vie personnelle" du salarié, sous le visa de l'article 9 du code civil, qui permet ainsi de justifier l'aménagement porté au principe du contradictoire, ne convainc cependant pas totalement tant la liberté d'adhérer à un syndicat relève de l'exercice d'une liberté publique.»

Section 3 – Principe impératif de la contradiction en matière pénale

Pour la Cour européenne, le principe de la contradiction implique, d'une part, le droit pour une partie de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter (CEDH, 20 février 1996, Lobo Machado c. Portugal, requête n° 15764/89), d'autre part, que les éléments de preuve détenus par l'autorité de poursuite ainsi que ses réquisitions soient portés à la connaissance des autres parties et, enfin, que le juge ne fonde sa décision que sur des moyens de droit ou des éléments de preuve qui ont été discutés par les parties.

L'évolution de la jurisprudence de la chambre criminelle se caractérise par une prise en considération croissante des exigences des articles 6 § 1 de la Convention européenne et préliminaire du code de procédure pénale (voir, sur ce point, *Rapport annuel* 2010, p. 178 et s.), qui dispose que la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des parties.

S'agissant plus particulièrement de l'administration de la preuve, l'obligation de respecter le principe de la contradiction est régulièrement rappelée par la chambre criminelle. L'article 427, alinéa 2, du code de procédure pénale dispose, à cet égard, que «le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui» (voir, notamment, Crim., 20 novembre 1984, pourvoi n° 84-91.332, *Bull. crim.* 1984, n° 361). Le juge ne peut ainsi écarter une exception de procédure en se fondant sur des documents non soumis à la libre discussion des parties (Crim., 6 janvier 2010, pourvoi n° 09-84.503); il ne peut prononcer une peine en se fondant sur les pièces produites par le prévenu si elles n'ont pas été communiquées au ministère public et soumises au débat contradictoire (Crim., 5 janvier 2010, pourvoi n° 09-85.819).

Toutefois, si l'article 427 du code de procédure pénale impose au juge correctionnel de ne fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui, cette disposition n'exige pas que les pièces soient communiquées à la partie adverse avant l'audience des débats. Le juge doit faire assurer le respect du principe de la contradiction, et, le cas échéant, ordonner le renvoi de l'affaire à une audience ultérieure, si cela s'avère nécessaire pour permettre au ministère public et à l'ensemble des parties de prendre connaissance des pièces produites (Crim., 22 octobre 2003, pourvoi n° 02-88.388). La chambre criminelle censure avec constance les arrêts qui écartent des pièces produites aux débats au motif qu'elles auraient dû être communiquées à la partie adverse antérieurement à l'audience (Crim., 19 juin 1991, pourvoi n° 90-86.630, *Bull. crim.* 1991, n° 267). Encourt ainsi la censure l'arrêt qui écarte des débats des attestations produites par le prévenu au motif qu'elles n'ont pas été communiquées dans un temps permettant aux parties d'en prendre connaissance de façon à pouvoir les discuter contradictoirement lors de

l'audience (Crim., 10 novembre 2004, pourvoi n° 03-87.628, *Bull. crim.* 2004, n° 285). Encourt également la censure l'arrêt qui écarte des débats des documents produits à l'audience par le conseil d'un prévenu au motif qu'ils n'ont pas été remis préalablement au ministère public (Crim., 12 janvier 2005, pourvoi n° 04-81.982, *Bull. crim.* 2005, n° 17 ; Crim., 23 septembre 2009, pourvoi n° 09-80.707).

Le principe de la contradiction interdit, par ailleurs, aux juges, de fonder leur décision sur des éléments qui leur sont parvenus entre la fin de l'audience à laquelle ont eu lieu les débats et le prononcé de la décision. Pour la chambre criminelle, les juges ne peuvent, en effet, fonder leur décision que sur des preuves qui leur sont apportées au cours des débats et contradictoirement débattues devant eux (Crim., 20 mai 1992, pourvoi n° 91-84.297, *Bull. crim.* 1992, n° 201). Pour pouvoir prendre en compte un élément reçu entre la fin de l'audience à laquelle ont eu lieu les débats et le prononcé de la décision, les juges sont obligés d'ordonner la réouverture des débats.

Chapitre 2 – Admissibilité des modes de preuve

Le juge dans sa mission d'administration des preuves doit contribuer à la manifestation de la vérité en assurant le respect des droits et libertés des justiciables. Il doit, à cette fin, conduire un travail délicat de conciliation ne sacrifiant ni l'exigence de liberté, ni les droits substantiels des justiciables et des tiers au litige. Le contrôle du juge porte en la matière sur deux points. Certains éléments de preuve doivent, en raison de leur nature, faire l'objet d'une protection particulière. La réalisation de la justice n'impose pas au justiciable de procéder à toutes les révélations (section 1). Le contrôle du juge porte également sur la manière d'obtenir des preuves. Il s'attache à cet égard à vérifier que, pour faire apparaître la vérité, les procédés employés ont été respectueux des droits des justiciables (section 2).

Section 1 – Encadrement en fonction de la nature des preuves

La manifestation de la vérité rencontre une limite lorsque sont en cause le respect dû à la personne (§ 1) mais également le secret des affaires (§ 2).

§ 1. Respect de la personne

Les personnes ne sauraient, pour n'importe quelle cause judiciaire, subir des atteintes à leur corps (A), avoir à révéler des informations touchant à leur santé (B), supporter des intrusions dans leurs correspondances (C). Cette opposabilité de l'intimité de la vie privée aux demandes de preuve cède parfois devant le droit à la preuve (D).

A. Corps humain

Les progrès de la science, et tout particulièrement de l'analyse ADN, permettent d'avoir accès à des certitudes là où il n'était possible de raisonner que par présomptions. L'utilisation et le maniement de ces moyens de preuve modernes doivent être encadrés pour écarter toute réification de la personne. L'expertise sanguine, strictement

encadrée par la loi, ne doit pas être utilisée à des fins autres que celles auxquelles elle est destinée (1) et suppose un contrôle judiciaire (2).

1. Expertise biologique

a. Expertise biologique et preuve de la filiation

La preuve de la filiation est fondée sur un système de preuve légale reposant principalement sur les actes de l'état civil.

L'établissement non contentieux de la filiation est déterminé par les articles 310-1 et suivants du code civil.

S'agissant de l'établissement contentieux de la filiation, l'article 310-3 dispose *in fine* : « Si une action est engagée en application du chapitre III du présent titre, la filiation se prouve et se conteste par tous moyens, sous réserve de la recevabilité de l'action. »

L'expertise biologique occupe, en matière d'établissement ou de contestation de la filiation, paternelle principalement, une place toute particulière (voir, sur ce point, A. Pascal et M. Trapero, « Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *in Rapport annuel* de la Cour de cassation 2004, p. 101).

Dans son arrêt du 28 mars 2000 (pourvoi n° 98-12.806, *Bull.* 2000, I, n° 103), qui concernait une action en contestation de reconnaissance introduite par la mère, la première chambre a jugé, au visa des articles 339, 311-12 du code civil et de l'article 146 du code de procédure civile, que « l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder ».

Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, la Cour avait déjà jugé, s'agissant des actions en recherche de paternité, que la réunion préalable d'indices graves ou de présomptions (ancien article 341 du code civil, abrogé par l'ordonnance susvisée) n'avait pas à être rapportée (1re Civ., 12 mai 2004, pourvoi n° 02-16.152 ; 1re Civ., 14 juin 2005, pourvoi n° 04-15.445, *Bull.* 2005, I, n° 251 ; 1re Civ., 7 juin 2006, pourvoi n° 03-16.204, *Bull.* 2006, I, n° 291).

Le principe posé par l'arrêt du 28 mars 2000 susvisé a été étendu aux actions à fins de subsides (1re Civ., 14 juin 2005, pourvoi n° 03-12.641, *Bull.* 2005, I, n° 253 ; 1re Civ., 4 juillet 2006, pourvoi n° 04-15.981 ; 1re Civ., 9 février 2011, pourvoi n° 09-72.009).

Toutefois, les actions en constatation de possession d'état sont exclues du champ d'application de l'expertise biologique. En effet, l'expertise est impropre à caractériser les éléments constitutifs de la possession d'état (*nomen*, *tractatus*, *fama* notamment), qui fondent une filiation sociologique ne reposant sur aucun lien biologique (1re Civ., 16 juin 2011, pourvoi n° 08-20.475, *Bull.* 2011, I, n° 116).

Enfin, c'est à celui qui, principalement, ne souhaite pas se soumettre à l'expertise biologique, de justifier d'un motif légitime.

La Cour a considéré comme motif légitime l'impossibilité matérielle de mettre en œuvre la mesure d'expertise en raison d'une absence de localisation du père présumé et de l'impossibilité, à défaut, de pratiquer l'examen sur un tiers (1re Civ., 14 juin 2005, pourvoi n° 03-19.582, *Bull.* 2005, I, n° 250 ; 1re Civ., 3 janvier 2006, pourvoi n° 04-14.904).

Elle a aussi considéré que, dès lors qu'une action en contestation de paternité légitime est irrecevable, la demande d'expertise biologique qui l'accompagne l'est également (1re Civ., 14 février 2006, pourvoi no 03-19.533, *Bull.* 2006, I, no 78).

L'existence d'une première expertise sanguine qui permet d'établir la paternité à un taux très élevé de probabilité – plus de 99,99 % – est un motif légitime pour ne pas ordonner une nouvelle expertise ADN, celle-ci pouvant être considérée comme inutile, l'examen comparé des sangs présentant le caractère d'une méthode médicale certaine et l'analyse ADN ne permettant pas d'obtenir une certitude de paternité supérieure (1re Civ., 12 juin 2001, pourvoi no 98-21.796, *Bull.* 2001, I, no 169 ; 1re Civ., 6 mai 2003, pourvoi no 01-15.904).

La Cour a, en revanche, jugé qu'une identité partielle de patrimoine génétique entre deux frères biologiques ne constitue pas, *a priori*, un motif légitime pour ne pas ordonner une expertise biologique, de droit en matière d'action à fins de subsides (1re Civ., 8 juillet 2009, pourvoi no 08-18.223, *Bull.* 2009, I, no 159).

S'agissant des expertises *post mortem*, l'article 16-11 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi no 2004-801 du 6 août 2004, dispose : « Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort. »

Le Conseil constitutionnel, saisi de la conformité de cette disposition avec le droit de mener une vie familiale normale et le respect dû à la vie privée, a jugé que ce texte était conforme à la Constitution, que « le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts » et qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur (Cons. const., 30 septembre 2011, décision no 2011-173 QPC, M. Louis C. et autres [conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation]).

La Cour, qui a fait une application immédiate de l'article 16-11 aux situations en cours (1re Civ., 2 avril 2008, pourvoi no 06-10.256, *Bull.* 2008, I, no 101), a considéré, en cas de décès, que les juges du fond pouvaient caractériser l'existence d'un motif légitime rendant impossible l'expertise biologique (1re Civ., 3 novembre 2004, pourvoi no 02-11.699 ; 1re Civ., 25 avril 2007, pourvoi no 06-13.872, *Bull.* 2007, I, no 163).

Celui qui refuse, sans motif légitime, de se soumettre à la mesure d'expertise ordonnée par les juges du fond prend le risque, en dépit de sa résistance, de voir la juridiction reconnaître sa paternité en se fondant sur l'ensemble des autres éléments portés à sa connaissance.

Ces éléments sont souverainement appréciés par les juges du fond qui tirent toutes les conséquences d'un refus de se soumettre à l'expertise ordonnée (1re Civ., 3 janvier 2006, pourvoi no 03-19.737 ; 1re Civ., 11 juillet 2006, pourvoi no 05-17.814, *Bull.* 2006, I, no 385 ; 1re Civ., 4 juillet 2006, pourvoi no 04-15.981), ce refus étant considéré comme un indice supplémentaire venant s'ajouter à ceux déjà réunis au cours de la procédure (1re Civ., 7 juin 2006, pourvoi no 03-16.204, *Bull.* 2006, I, no 291 ; 1re Civ., 6 mai 2009, pourvoi no 08-10.936).

b. Expertise biologique et preuve de l'adultère

L'expertise biologique est, en matière de filiation, un mode de preuve déterminant, mais peut-elle être aussi utilisée au cours d'un divorce pour faute pour venir au soutien d'un grief d'infidélité formé à l'encontre d'un époux ou plus exactement l'analyse sanguine peut-elle constituer une preuve de l'adultère ?

Si l'expertise génétique est strictement encadrée par l'article 16-11 du code civil qui la cantonne notamment à « l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation », ou à l'« obtention ou la suppression de subsides » et la subordonne à une décision judiciaire, l'analyse sanguine n'est soumise quant à elle à aucune contrainte. Dans un arrêt du 28 février 2006 (pourvoi n° 04-12.736, *Bull.* 2006, I, n° 113), la première chambre civile a jugé qu'une cour d'appel peut retenir, comme élément de preuve du grief d'infidélité invoqué à l'encontre de l'épouse, les examens sanguins produits par le mari démontrant son impossibilité biologique d'être le père de deux enfants communs. Dans cette espèce qui opposait deux conjoints exerçant la même profession de médecin, le mari avait découvert, à l'occasion d'une opération effectuée sur l'un des enfants du couple, que celui-ci avait un groupe sanguin incompatible avec le sien ; une analyse sanguine effectuée sur sa dernière fille permettait aussi d'exclure sa filiation. Aucune expertise biologique n'avait été effectuée, mais la détermination des groupes sanguins des enfants, examen banal, non confidentiel, et obtenu sans fraude, conduisait à exclure la paternité de l'époux à leur égard.

Ces éléments pouvaient-ils être utilisés au cours d'une procédure de divorce pour mettre en évidence l'infidélité de l'épouse ?

Le législateur a expressément interdit certains modes de preuve en matière de divorce et notamment les témoignages des descendants des époux (article 205 du code de procédure civile et article 259 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce), les éléments de preuve obtenus par violence ou fraude (article 259-1 modifié par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004), les constats ayant donné lieu à une violation de domicile ou à une atteinte illicite à l'intimité de la vie privée (article 259-2 du code civil), les éléments contenus dans une enquête sociale (article 373-2-12 du code civil).

Pour prendre en considération, dans une procédure de divorce, un examen sanguin, la première chambre de la Cour, dans son arrêt du 28 février 2006 précité, a raisonné comme suit :
– en matière de divorce, la preuve se fait par tous moyens, l'article 259 du code civil disposant en effet « Les faits invoqués en tant que causes du divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l'aveu » ; aussi l'analyse sanguine peut-elle être admise comme preuve de l'adultère ;
– la prise en considération d'un examen sanguin au cours d'une procédure de divorce ne remet pas en cause la filiation des enfants, il convient de dissocier l'action en divorce de celle relative à la filiation. Dans un arrêt ancien (2e Civ., 19 mars 1965, pourvoi n° 63-12.717, *Bull.* 1965, II, n° 293), la Cour avait déjà dissocié l'action en établissement d'une filiation de la simple constatation d'un adultère dans une procédure de divorce ;
– enfin, s'agissant de la force probante de l'analyse sanguine, celle-ci constitue un des éléments de preuve appréciés souverainement par les juges du fond venant au soutien du grief d'infidélité.

2. Irrecevabilité de l'expertise biologique pratiquée en dehors du contrôle du juge

La première chambre (1re Civ., 29 février 2012, pourvoi no 11-12.460), dans une espèce atypique, a affirmé d'une part l'impossibilité de prendre en considération une expertise ADN réalisée à l'étranger en méconnaissance de l'article 16-11 du code civil, d'autre part l'obligation faite au juge de régler le conflit de filiation dont il est saisi.

La spécificité de l'espèce tenait au fait que, dans l'action en recherche de paternité naturelle engagée par la mère de l'enfant, le père présumé avait spontanément reconnu, chose assez rare, sa paternité, tout en déclarant être prêt à se soumettre, si nécessaire, à une expertise biologique. Les premiers juges, se contentant de cet aveu et considérant que l'expertise biologique n'était pas utile, l'avaient déclaré père de l'enfant. Cependant, dans le délai d'appel, apprenant qu'une analyse ADN réalisée en Espagne excluait sa paternité, il avait interjeté appel du jugement, se fondant sur l'analyse réalisée à l'étranger, ainsi que sur la reconnaissance effectuée par la personne identifiée dans cette analyse comme étant le véritable père de l'enfant, sans demander pour sa part qu'une analyse biologique soit effectuée sur sa personne en application de l'article 16-11 du code civil.

La cour d'appel, au vu de ces éléments, a confirmé la décision entreprise, au seul motif que la comparaison d'empreintes génétiques réalisée à l'étranger en méconnaissance de l'article 16-11 du code civil ne pouvait fonder l'annulation de la première reconnaissance.

La première chambre a cassé, au visa de l'article 455 du code de procédure civile, cet arrêt et jugé « qu'en statuant ainsi, quand était également produit l'acte de reconnaissance de l'enfant par la personne identifiée comme le père de celui-ci par le test génétique litigieux, la cour d'appel, à laquelle il incombait de trancher ce conflit de filiation, s'est déterminée par des motifs inopérants en méconnaissance des exigences du texte susvisé ».

Il convient de se demander pourquoi l'auteur de la première reconnaissance n'a pas sollicité devant la cour d'appel d'expertise génétique et pourquoi la cour d'appel ne l'a pas ordonnée d'office. Le simple fait d'écarter l'analyse litigieuse réalisée à l'étranger ne suffit pas à régler le conflit de filiation.

B. Santé

Les compagnies d'assurance peuvent avoir besoin d'accéder à des informations relatives à la vie privée de l'assuré, et en particulier à son état de santé, pour déjouer les tentatives de fraude. Dans le domaine de l'assurance couvrant les risques de décès, d'incapacité ou d'invalidité consécutifs à une maladie ou un accident, la preuve de la dissimulation d'antécédents médicaux dans les réponses apportées au questionnaire de santé ne peut en pratique être rapportée par l'assureur qu'en obtenant certaines données médicales afférentes à l'état de santé de l'assuré au moment de la souscription du contrat. Se pose alors la question de savoir comment concilier le droit à la preuve, dont peut se prévaloir l'assureur qui invoque la déloyauté de son cocontractant, et le principe de la confidentialité des données médicales, rappelé par l'article L. 1110-4 du code la santé publique qui énonce que « toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à

la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant».

Après avoir admis la production par l'assureur d'un certificat médical obtenu sans l'autorisation de l'assuré en relevant que l'invocation du secret médical par ce dernier ne tendait pas à protéger un intérêt légitime, mais à faire écarter un élément de preuve contraire à ses prétentions (1re Civ., 9 juin 1993, pourvoi no 91-16.067, *Bull.* 1993, I, no 214), la jurisprudence a évolué dans le sens d'un plus grand respect de la confidentialité des données de santé. Il a ainsi été jugé que le médecin-conseil d'une compagnie d'assurances ne pouvait révéler à celle-ci des renseignements qu'il avait reçus du médecin traitant de l'assuré et que la pièce contenant ces informations devait être écartée des débats (1re Civ., 6 janvier 1998, pourvoi no 95-19.902, *Bull.* 1998, I, no 3 ; 1re Civ., 12 janvier 1999, pourvoi no 96-20.580, *Bull.* 1999, I, no 18). Il est ainsi nécessaire, pour que les documents médicaux relatifs à l'état de santé de l'assuré soient admissibles à titre de preuve, que ce dernier ait donné son accord à leur divulgation et renoncé au bénéfice du secret médical. La Cour de cassation admet en effet que le patient puisse délier le médecin de l'obligation de confidentialité qui pèse sur lui. Elle a ainsi approuvé une cour d'appel qui, après avoir constaté qu'il avait remis volontairement aux médecins-conseils de l'assureur des documents médicaux, avait énoncé que l'assuré, tenu de respecter les obligations mises à sa charge par le contrat d'assurance, et en vertu desquelles il s'était engagé à déclarer toutes les circonstances connues de lui de nature à permettre à l'assureur d'apprécier les risques qu'il prenait, avait implicitement, mais nécessairement renoncé à se prévaloir du secret médical (1re Civ., 3 janvier 1991, pourvoi no 89-13.808). En revanche, face au refus de l'assuré d'autoriser la divulgation des données médicales confidentielles le concernant, l'assureur n'a d'autre recours que de saisir le juge pour qu'il ordonne une expertise judiciaire (1re Civ., 14 mars 2000, pourvoi no 97-21.581, *Bull.* 2000, I, no 87). La Cour de cassation a d'abord admis que l'expert désigné puisse avoir accès au dossier médical du patient sans restriction (même arrêt), précisant seulement qu'il appartenait au juge de prescrire des mesures efficaces pour éviter la divulgation de l'identité des malades (1re Civ., 18 mars 1997, pourvoi no 95-12.576, *Bull.* 1997, I, no 99). La jurisprudence a ensuite évolué dans le sens d'un meilleur équilibre entre confidentialité des informations de santé et droit à la preuve. La Cour de cassation a ainsi décidé que «si le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un médecin à lui transmettre des informations couvertes par le secret lorsque la personne concernée ou ses ayants droit s'y sont opposés ; qu'il appartient alors au juge saisi sur le fond d'apprécier si cette opposition tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer toute conséquence quant à l'exécution du contrat d'assurance» (1re Civ., 15 juin 2004, pourvoi no 01-02.338, *Bull.* 2004, I, no 171 ; 1re Civ., 7 décembre 2004, pourvoi no 02-12.539, *Bull.* 2004, I, no 306 ; voir aussi 1re Civ., 11 juin 2009, pourvoi no 08-12.742, *Bull.* 2009, I, no 128).

Le recueil par l'expert d'informations médicales confidentielles trouve ainsi sa limite dans l'accord de la personne concernée, mais le juge du fond, auquel il appartient d'apprécier la légitimité du refus, pourra, s'il apparaît que celui-ci n'est dicté que par le souci de faire écarter un élément de preuve, en tirer toutes conséquences, notamment en ce qui concerne l'appréciation de l'existence d'une fausse déclaration intentionnelle de l'assuré. La deuxième chambre a précisé que le juge, pour apprécier

la légitimité de l'opposition de l'assuré, pouvait avoir recours à une mesure d'instruction (2e Civ., 2 juin 2005, pourvoi no 04-13.509, *Bull.* 2005, II, no 142). Cet arrêt a été rendu dans une espèce où l'assureur, exposant être en possession d'éléments de preuve qu'il ne pouvait produire en raison du secret médical, avait sollicité une mesure d'expertise pour établir que l'affection de son adhérent était due à son éthylisme et comme telle exclue de la garantie. La décision des premiers juges refusant d'ordonner cette mesure d'instruction au seul motif qu'il n'était justifié d'aucun commencement de preuve est censurée au visa des articles L. 1110-4 du code de la santé publique et 4 du décret no 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale devenu l'article R. 4127-4 du code de la santé publique, dès lors que l'assureur ne pouvait produire un document couvert par le secret médical intéressant le litige qu'à la condition que l'assuré ait renoncé au bénéfice de ce secret et qu'il appartenait au juge, en cas de difficulté, d'apprécier, au besoin après une mesure d'instruction, si l'opposition de l'assuré tendait à faire respecter un intérêt légitime. Précisons que l'expert ainsi désigné, s'il se heurte à une nouvelle opposition de l'assuré, ne pourra passer outre, mais que cet élément de fait pourra être pris en considération dans l'appréciation de la légitimité du refus de l'assuré.

C. Correspondances

Aux échanges épistolaires classiques, faits d'encre et de papier, succèdent désormais les SMS (*Short Message Service*) et courriels. S'est dès lors rapidement posée la question consistant à déterminer si la protection due aux correspondances papier devait s'étendre à ces nouveaux moyens de communication.

1. SMS et divorce

Le principe de l'inviolabilité des correspondances et du droit au respect de la vie privée connaît, en matière de divorce, un tempérament ; exiger le double consentement de l'auteur d'une lettre et de son destinataire afin de la produire en justice rendrait manifestement difficile la preuve de l'adultère, aussi, la Cour a-t-elle admis, de longue date (Cass. Civ., 13 juillet 1897, *S.* 1898, 1, 220 ; plus récemment, 2e Civ., 29 janvier 1997, pourvoi no 95-15.255, *Bull.* 1997, II, no 28), que les courriers entre époux ou entre un époux et un tiers puissent être produits lors de la procédure de divorce sans égard à leur caractère confidentiel.

La seule limite à cette production est posée par l'article 259-1 du code civil : « Un époux ne peut verser aux débats un élément de preuve qu'il aurait obtenu par violence ou fraude. »

Le législateur, prenant en considération ces nouvelles technologies, a précisé, dans l'article 1316-1 du code civil, que « l'écrit sous forme électronique est admis en preuve, au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité » et, dans un article 1316-3 du même code : « L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier. »

Cette équivalence étant posée, le régime applicable aux messages électroniques devrait donc suivre celui des lettres missives.

La première chambre de la Cour s'est prononcée sur l'admissibilité des courriels et SMS au cours d'une procédure de divorce dans plusieurs arrêts :
– dans un arrêt du 18 mai 2005 (1re Civ., 18 mai 2005, pourvoi no 04-13.745, *Bull.* 2005, I, no 213), elle a jugé qu'une cour d'appel qui retient, en appréciant souverainement les éléments de preuve fournis, que des relations injurieuses pour le mari entretenues par l'épouse avec un tiers sont établies par des courriels et par un rapport d'enquête privé, en déduit justement, en l'absence de preuve de violence ou de fraude, que des violations graves et renouvelées des obligations du mariage sont démontrées.
– dans un arrêt du 17 juin 2009 (1re Civ., 17 juin 2009, pourvoi no 07-21.796, *Bull.* 2009, I, no 132), la première chambre a jugé qu'en matière de divorce, la preuve se fait par tous moyens et le juge ne peut écarter des débats un élément de preuve que s'il a été obtenu par violence ou fraude. Dès lors, viole les articles 259 et 259-1 du code civil une cour d'appel qui écarte des débats des minimessages, dits « SMS », reçus sur le téléphone portable professionnel d'un époux, sans constater que ces messages ont été obtenus par violence ou fraude.

La cour d'appel avait retenu, dans cette affaire, que le grief d'adultère n'était pas « loyalement établi » et qu'il y avait lieu d'écarter des débats le procès-verbal de constat de l'huissier retranscrivant les SMS. Les juges d'appel ont considéré que les courriers électroniques adressés par le biais d'un téléphone portable sous forme de courts messages relevaient de la confidentialité et du secret des correspondances et que la lecture de ces courriers personnels à l'insu de leur destinataire constituait une atteinte grave à l'intimité de la personne et ce d'autant que l'officier ministériel qui les avait retranscrits sur procès-verbal n'avait pas été autorisé par décision de justice à procéder à la lecture du contenu de l'appareil téléphonique.

La première chambre civile de la Cour de cassation a cassé cet arrêt au visa des articles 259 et 259-1 du code civil au motif que la cour d'appel a écarté les minimessages sans constater qu'ils avaient été obtenus par violence ou fraude. Elle rappelle le principe de liberté de la preuve s'agissant de l'appréciation de faits juridiques, et pose comme limite à ce principe la loyauté de la preuve, l'obtention de l'élément de preuve ne pouvant résulter de fraude ou de violence. Il appartient enfin à celui qui se dit victime d'une production frauduleuse et non à celui qui s'en prévaut d'en rapporter la preuve. En l'espèce, l'épouse avait opportunément trouvé le téléphone portable professionnel que son mari avait égaré.

Publié au *Rapport annuel* 2009 (p. 316), l'arrêt du 17 juin 2009 susvisé était accompagné du commentaire suivant : « […] il est admis depuis longtemps que le secret des correspondances cède en matière de divorce devant la nécessité de prouver des faits qui, par leur nature même, sont souvent intimes. Des lettres peuvent être produites pour prouver les fautes, et notamment l'adultère, en matière de divorce à la condition que ces lettres aient été obtenues sans violence ni fraude (2e Civ., 28 mars 1973, pourvoi no 72-10.380, *Bull.* 1973, II, no 115 ; 2e Civ., 26 novembre 1975, pourvoi no 74-13.034, *Bull.* 1975, II, no 314 ; 2e Civ., 29 janvier 1997, pourvoi no 95-15.255, *Bull.* 1997, II, no 28). […]. La première chambre civile avait déjà étendu sa jurisprudence sur les lettres missives aux courriers électroniques ou courriels échangés entre un conjoint et un tiers et avait admis, dans un arrêt récent, que des relations injurieuses puissent être établies par des "emails" échangés entre une épouse et un tiers, en l'absence de preuve de violence

ou de fraude dans l'obtention de ces éléments de preuve (1re Civ., 18 mai 2005, pourvoi no 04-13.745, *Bull.* 2005, I, no 213)» ;
– enfin, par un arrêt du 26 octobre 2011 (1re Civ., 26 octobre 2011, pourvoi no 10-27.872), la première chambre a complété ses décisions antérieures sur l'admission de courriels venant au soutien des procédures de divorce pour faute et, donnant des précisions sur les modalités d'accès, sans fraude, à l'ordinateur, a jugé : « Attendu qu'ayant retenu que les courriels versés aux débats par M. Y… se trouvaient sur l'ordinateur personnel de celui-ci et qu'aucune protection n'était mise en place pour minimiser leur accès, la cour d'appel, qui a repris ces éléments contenus dans les conclusions mêmes de Mme X…, en a souverainement déduit qu'ils n'avaient pas été obtenus par fraude. »

2. Accès à la messagerie du salarié

Le caractère privé de l'utilisation par le salarié des nouvelles technologies mises à sa disposition pour son travail peut avoir une double incidence, sur la possibilité pour l'employeur de prendre connaissance du contenu de ces nouveaux supports, et de l'utiliser à l'encontre du salarié.

S'agissant dans un premier temps de l'ouverture des fichiers et messages informatiques, le salarié étant présumé n'utiliser son ordinateur professionnel que pour les besoins de son travail (présomption de bonne foi), la chambre sociale a considéré que cet ordinateur professionnel n'était pas *a priori* un espace de vie privée, mais un outil appartenant à l'entreprise que l'employeur devait donc pouvoir ouvrir et contrôler en l'absence de son détenteur à l'occasion notamment de la recherche spécifique d'un dossier précis, mais aussi de façon récurrente ou impromptue, dans le cadre de son pouvoir de contrôle de l'activité des salariés, compte tenu des risques qu'une éventuelle utilisation détournée faisait courir à l'intégrité du réseau électronique de l'entreprise comme à son image sociale. Toutefois elle a aussi pris en compte dès ce premier stade la nécessaire protection des droits du salarié et notamment celle du droit au respect de l'intimité de sa vie privée comprise dans l'article L. 1121-1 du code du travail, consciente, comme l'avait mis en lumière le professeur Gérard Lyon-Caen, que « même dans la vie professionnelle, et parce que le salarié met à la disposition de l'employeur sa force de travail (manuelle, intellectuelle), mais non sa personne, subsiste un noyau d'autonomie sur lequel la direction n'a pas de prise » (*Les Libertés publiques et l'emploi. Rapport au ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle*, La documentation française, 1992, § 169, p. 156).

C'est donc d'abord sur le terrain, préalable à la sanction, de la preuve, que s'est placée la chambre sociale pour écarter ou encadrer certains modes de preuve d'une faute du salarié mettant en jeu le respect de la vie privée, au visa des articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil, L. 1121-1 du code du travail, et de l'article 9 du code de procédure civile qui consacre la loyauté des preuves ou des procédés de preuve, voire, le cas échéant, du principe du secret des correspondances, sanctionné pénalement par l'article 226-15 du code pénal.

La chambre sociale a ainsi en premier lieu décidé que « sauf risque ou événement particulier », l'employeur ne peut ouvrir qu'en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé les fichiers qu'il a identifiés comme personnels (Soc., 17 mai 2005, pourvoi no 03-40.017, *Bull.* 2005, V, no 165), y compris les messages électroniques (Soc., 17 juin 2009, pourvoi no 08-40.274, *Bull.* 2009, V, no 153), restreignant ainsi la portée de son

arrêt « Nikon » du 2 octobre 2001 (Soc., 2 octobre 2001, pourvoi n° 99-42.942, *Bull.* 2001, V, n° 291), et autorisé la désignation d'un huissier de justice chargé, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, de contrôler le contenu de l'ordinateur professionnel s'il existe des raisons légitimes et sérieuses d'ordonner cette mesure (Soc., 10 juin 2008, pourvoi n° 06-19.229, *Bull.* 2008, V, n° 129).

Puis elle a posé successivement une présomption du caractère professionnel des fichiers électroniques (Soc., 18 octobre 2006, pourvoi n° 04-48.025, *Bull.* 2006, V, n° 308 : « les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence » ; Soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 05-43.455) et des connexions électroniques internet (Soc., 9 juillet 2008, pourvoi n° 06-45.800, *Bull.* 2008, V, n° 150 : « les connexions établies par un salarié sur des sites internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, hors de sa présence » ; Soc., 9 février 2010, pourvoi n° 08-45.253) et enfin, des courriels (Soc., 15 décembre 2010, pourvoi n° 08-42.486 : « les courriers adressés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail sont présumés avoir un caractère professionnel en sorte que l'employeur est en droit de les ouvrir hors la présence de l'intéressé, sauf si le salarié les identifie comme personnels » ; Soc., 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-26.782 ; Soc., 26 juin 2012, pourvoi n° 11-14.022), comme la Cour l'avait fait pour les courriers papier (Ch. mixte, 18 mai 2007, pourvoi n° 05-40.803, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 3 : « Le pli litigieux [étant] arrivé sous une simple enveloppe commerciale démunie de toute mention relative à son caractère personnel […] cet envoi avait pu être considéré, par erreur, comme ayant un caractère professionnel, [et] la cour d'appel a exactement décidé que son ouverture était licite », repris par Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-12.330 et Soc., 11 juillet 2012, pourvoi n° 11-22.972).

Notons toutefois que le règlement intérieur peut poser des règles de consultation de la messagerie électronique des salariés plus contraignantes (présence obligatoire du salarié concerné) que l'employeur doit alors respecter, sauf à se voir opposer le caractère illicite de la preuve obtenue en infraction avec ses dispositions (Soc., 26 juin 2012, pourvoi n° 11-15.310, *Bull.* 2012, V, n° 196).

Enfin, complétant sa construction jurisprudentielle, la chambre a indiqué que l'identification par le salarié d'un fichier comme personnel devait résulter de son intitulé et non de son contenu (Soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 07-44.264, *Bull.* 2009, V, n° 284), précisant que les initiales (Soc., 21 octobre 2009, pourvoi n° 07-43.877, *Bull.* 2009, V, n° 226) ou le prénom du salarié (Soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-44.840) n'identifiaient pas un fichier comme personnel, pas plus que la dénomination « données personnelles » donnée au disque dur ne peut conférer un caractère personnel à l'intégralité des données qu'il contient (Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-12.502).

Elle a ensuite précisé que si le contenu des courriels ne pouvait être pris en considération pour empêcher l'ouverture de la messagerie professionnelle, il pouvait l'être pour entraver le pouvoir disciplinaire de l'employeur.

Car c'est aussi dans une deuxième étape des événements et du raisonnement, une fois ouvert (licitement) le fichier du salarié, que se pose le problème de savoir si son contenu est susceptible d'être produit à l'encontre du salarié, en conciliant droit du salarié à une vie personnelle, même aux temps et lieu du travail, et intérêt de l'entreprise. Le caractère personnel du contenu du fichier réapparaît donc à ce deuxième stade, puisque, selon la jurisprudence sociale, l'employeur ne peut reprocher au salarié un fait de vie personnelle qui ne saurait constituer une faute disciplinaire, sauf s'il constitue un manquement à une obligation contractuelle (Soc., 21 octobre 2003, pourvoi n° 00-45.291, *Bull.* 2003, V, n° 259 ; Soc., 23 juin 2009, pourvoi n° 07-45.256, *Bull.* 2009, V, n° 160). Et peut être considéré comme relevant de la vie privée du salarié non seulement un fait commis en dehors du travail, mais même un fait survenu au temps et au lieu du travail, comme la réception d'une correspondance privée, sur le contenu de laquelle l'employeur ne peut se fonder pour sanctionner son destinataire (Ch. mixte, 18 mai 2007, précité : revue destinée à des couples échangistes).

Ainsi, même si l'employeur a le droit d'ouvrir un fichier présumé professionnel, il ne peut utiliser contre le salarié un fichier se révélant finalement comme relevant de sa vie personnelle : parce qu'il est reconnu au salarié un espace de vie personnelle même dans l'entreprise, la chambre sociale juge que : « le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; […] si l'employeur peut toujours consulter les fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, il ne peut les utiliser pour le sanctionner s'ils s'avèrent relever de sa vie privée » (Soc., 5 juillet 2011, pourvoi n° 10-17.284 : licenciement pour faute grave pour correspondance érotique ; Soc., 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-25.706 : correspondance amoureuse produite contre une demande de requalification de la démission et d'heures supplémentaires).

En revanche, la chambre sociale a récemment rappelé (Soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 07-44.264, *Bull.* 2009, V, n° 284) que le respect de la vie privée et le secret des correspondances ne s'attachaient pas à des correspondances adressées par le salarié de son lieu de travail ne concernant pas sa vie privée *stricto sensu*, au sens où l'entend la jurisprudence civile (1re Civ., 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-11.810, *Bull.* 2008, I, n° 225), c'est-à-dire concernant sa santé, son patrimoine ou sa vie affective. Elle a ainsi précisé dans plusieurs arrêts du 2 février 2011 (pourvoi n° 09-72.313, pourvoi n° 09-72.449 et pourvoi n° 09-72.450) que des courriels envoyés aux temps et lieu du travail en rapport avec l'activité professionnelle du salarié n'avaient aucun caractère privé, fussent-ils adressés à une personne extérieure à l'entreprise comme son conjoint. Elle l'a jugé également (Soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 10-16.995) pour un message laissé sur le téléphone portable professionnel d'une collègue.

Enfin, il existe un troisième niveau de protection de la vie privée du salarié, mais qui dépasse le problème de la preuve, dans l'appréciation de l'existence ou non d'une faute, voire d'une faute grave, du fait de l'utilisation « détournée » de son ordinateur, qui doit correspondre à un abus en raison, soit de modalités d'utilisation excessives (Soc., 18 mars 2009, pourvoi n° 07-44.247), soit du contenu de l'utilisation [violation d'une obligation légale : utilisation de la messagerie pour la réception et l'envoi de documents à caractère pornographique, agissements susceptibles pour certains de revêtir une qualification pénale (Soc., 15 décembre 2010, pourvoi n° 09-42.691), ou

contractuelle : concurrence déloyale ou dénigrement (Soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 07-44.264, *Bull.* 2009, V, n° 284)].

En revanche, si l'appareil utilisé par le salarié, même aux temps et lieu du travail, lui est personnel, l'employeur ne peut procéder à l'écoute des enregistrements réalisés en l'absence de l'intéressé ou sans qu'il ait été dûment appelé (Soc., 23 mai 2012, pourvoi n° 10-23.521, *Bull.* 2012, V, n° 156 : il s'agissait d'un dictaphone).

Dans un cas d'espèce différent où c'était le salarié qui opposait à l'employeur des enregistrements litigieux, la chambre sociale a jugé que « si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur » (Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-43.209, *Bull.* 2007, V, n° 85).

D. Tempérament du « droit à la preuve »

Toute preuve recueillie à l'insu d'une personne dont elle bouscule sérieusement les prétentions – quand elle n'établit pas leur inanité – est-elle pour autant empreinte d'une déloyauté la rendant irrecevable ?

La réponse affirmative est acquise, au civil, lorsqu'il s'agit du contenu d'une communication téléphonique enregistrée sans que l'auteur des propos tenus l'ai su, afin, par cette violation du secret légal de cette correspondance, de produire en justice les paroles précises des personnes ainsi écoutées et identifiées (Ass. plén., 7 janvier 2011, pourvoi n° 09-14.316, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 1).

Toutefois, notamment lorsqu'il s'agit de litiges affectant l'intimité de la personne physique ou de ses relations à autrui, familiales, amicales, ou « autres », la preuve d'un fait se heurtera pratiquement toujours au secret de la vie privée ou au droit de chacun sur son image, l'irrecevabilité de la preuve par production de la lettre, même trouvée ouverte, ou de la photographie prise au téléobjectif conduisant alors au déni de justice, au « *summum jus*, *summa injuria* ». C'est pourquoi la Cour européenne des droits de l'homme, soucieuse de promouvoir des droits effectifs et concrets, a commencé d'opposer à cette situation un « droit à la preuve », déduit du droit au juge et au procès équitable.

Pour consacrer, donc, « le droit à la preuve », la voie évolutive ouverte par la Cour de Strasbourg consiste à aborder la recevabilité d'un mode *a priori* inadmissible ou suspect à travers le prisme d'un rapport de proportionnalité entre les intérêts que le secret protège et ceux à la satisfaction desquels il fait obstacle, dès lors que, dans cette mise en balance, l'atteinte au secret paraît moindre, et constituer le seul moyen de faire triompher une légitime prétention de fond (CEDH, 10 octobre 2006, L. L. c. France, requête n° 7508/02 ; CEDH, 13 mai 2008, N.N. et T. A. c. Belgique, requête n° 65097/01).

La Cour de cassation (Com., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-10.606, *Bull.* 2007, IV, n° 130), et singulièrement la première chambre civile, a mis en œuvre ce principe jurisprudentiel (1re Civ., 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.778, *Bull.* 2008, I, n° 230 : cassation pour avoir admis la production de la lettre du père de la partie adverse et touchant à la vie privée de celle-ci, sans que les juges aient caractérisé la nécessité de cette pièce quant aux besoins de la défense et la proportionnalité au but recherché ; 1re Civ.,

5 avril 2012, pourvoi n° 11-14.177, *Bull.* 2012, I, n° 85 : cassation pour avoir écarté une lettre fortuitement trouvée par le fils héritier dans les papiers de ses parents défunts, affectant incontestablement leur vie patrimoniale et celle d'un autre enfant, mais de nature à remettre en question le partage successoral vers lequel les parties s'acheminaient, sans que la cour d'appel se soit demandé si le recours à cette pièce n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionné aux intérêts antinomiques en présence). Toutefois, l'interrogation sur l'exigence du « seul moyen » a pu être éludée lorsque le fait qui en résultait, décisif pour la suite à donner à l'action en justice, n'apportait au secret de la vie privée qu'une atteinte anodine (1re Civ., 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-11.810, *Bull.* 2008, I, n° 225 : admission validée de la production de relevés de prestations sociales parvenus au bureau de la personne et établissant son activité professionnelle malgré son théorique arrêt-maladie, dès lors qu'ils ne comportaient aucune indication sur les maux dont l'intéressée souffrait ni sur l'état financier de ses comptes ; 1re Civ., 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-17.476, *Bull.* 2012, I, n° 224 : admissibilité de la filature filmée, menée pendant deux jours par huissier de justice sur la voie publique, à la demande d'une compagnie d'assurance assignée en référé-provision, soucieuse de ses intérêts patrimoniaux et de ceux des autres assurés, et montrant le demandeur – contrairement aux constatations préalables de l'expert judiciaire le disant en totale perte d'autonomie et en besoin d'une assistance continue – se déplaçant seul sur la voie publique, sans aucune provocation à s'y rendre, qu'il s'agisse de conduire sa voiture, de se promener, ou de se livrer à diverses emplettes).

§ 2. Secret des affaires

Le droit français ne définit pas la notion de secret des affaires, contrairement à certains pays européens ou à la procédure communautaire devant la Commission, notamment, en matière de concurrence ou d'examen d'aides d'État, pour laquelle les secrets des affaires, dont la protection constitue un principe général (CJCE, 24 juin 1986, Akzo Chemie c. Commission, n° 53/85, point 28), ont été définis comme « des informations dont non seulement la divulgation au public, mais également la simple transmission à un sujet de droit différent de celui qui a fourni l'information peut gravement léser les intérêts de celui-ci » (TPICE, 18 septembre 1996, Postbank c. Commission, n° T-353/94, point 87), qui sont protégés, lorsqu'ils ne sont « connus que par un nombre restreint de personnes » et lorsque les « intérêts susceptibles d'être lésés par la divulgation de l'information [sont] objectivement dignes de protection » (TPICE, 8 novembre 2011, Idromacchine e. a. c. Commission, n° T-88/09, point 45).

À l'exception de la protection que peut offrir, sous réserve des traités et accords internationaux, aux ressortissants et résidents français à l'égard des autorités étrangères, la loi n° 80-538 du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents ou renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, dite « loi de blocage » (sur son efficacité à l'étranger, voir *Rapport n° 4159 de B. Carayon, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 3985) de B. Carayon visant à sanctionner la violation du secret des affaires*, enregistré à l'Assemblée nationale le 11 janvier 2012, p. 22 et s.), qui n'a donné lieu qu'à de rares arrêts de la Cour de cassation (2e Civ., 20 novembre 2003, pourvoi n° 01-15.633 ; Crim., 12 décembre 2007, pourvoi n° 07-83.228, *Bull. crim.* 2007, n° 309), le secret des

affaires ne bénéficie pas, en tant que tel, d'une protection, mais de manière ponctuelle, par application de textes particuliers.

Afin de protéger de manière plus homogène ce secret qui relève du patrimoine informationnel de l'entreprise et dont dépend sa sécurité économique, comme le prévoit d'ailleurs l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) du 15 avril 1994, plusieurs propositions de loi ont été déposées, dont celle de Bernard Carayon précitée visant à sanctionner la violation du secret des affaires, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 23 janvier 2012.

Dans l'exercice de leurs droits et obligations en matière probatoire, prévus par les articles 10 du code civil, 9 à 11 ainsi que 145 du code de procédure civile, les parties, le juge et même le tiers, étranger à la procédure, à qui il est ordonné de produire des pièces (2e Civ., 26 mai 2011, pourvoi no 10-20.048, *Bull.* 2011, II, no 118), peuvent se trouver confrontés à un secret des affaires, lequel bénéficie d'une protection variable, ne rendant pas toujours admissible un élément de preuve y portant atteinte. À côté de l'application du droit commun des règles de preuve, a été aménagé un dispositif original des règles de preuve en matière de pratiques anticoncurrentielles.

A. Confrontation entre protection du secret des affaires et application des règles de preuve

Selon que le secret des affaires est, ou non, légalement protégé, un élément de preuve le concernant ne sera pas, ou sera, admissible.

1. Secrets des affaires non légalement protégés

En principe, est admissible un élément de preuve concernant un secret des affaires non légalement protégé. Ainsi, la Cour de cassation juge que « le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées » (2e Civ., 7 janvier 1999, pourvoi no 95-21.934, *Bull.* 1999, II, no 4 ; 2e Civ., 8 février 2006, pourvoi no 05-14.198, *Bull.* 2006, II, no 44). L'appréciation de la légitimité dudit motif relève du pouvoir souverain des juges du fond, lesquels doivent caractériser l'existence du motif légitime (voir les arrêts cités, même partie, titre 1, chapitre 1, section 1, § 1, B, 1). Par contre, la protection du secret des affaires sera assurée lorsque, dans la balance des intérêts en présence, les juges excluront l'existence d'un motif légitime à la mesure d'instruction. Ainsi, ne fait qu'exercer son pouvoir souverain d'appréciation de l'absence de motif légitime de nature à justifier la mesure d'instruction, la cour d'appel qui, après avoir relevé que l'expertise sollicitée mettrait immanquablement le demandeur en possession des secrets de fabrication de la partie adverse, retient que rien ne laisse supposer que les accords n'avaient pas été respectés jusqu'à la date de leur expiration (2e Civ., 14 mars 1984, pourvoi no 82-16.076, *Bull.* 1984, II, no 49).

Toutefois, une protection contre une atteinte excessive au secret des affaires est assurée en ce sens que les mesures d'instruction légalement admissibles, qui sont celles prévues par les articles 232 à 284-1 du code de procédure civile (2e Civ., 8 février 2006, pourvoi no 05-14.198, *Bull.* 2006, II, no 44), doivent être limitées dans leur objet et

dans le temps, ce qui permet d'éviter une atteinte excessive ou non légitime au secret des affaires. Tel est bien le cas de mesures portant sur la saisie, en copie, de correspondances et documents échangés entre des sociétés, limitée à la recherche d'informations concernant l'échec d'un accord précis et les seules relations entre deux sociétés pendant une période précise (2e Civ., 6 janvier 2011, pourvoi no 09-72.841), sur des documents précis à propos desquels il existait de fortes suspicions de concurrence déloyale, pour lesquels le juge avait pris le soin de mettre en place des mesures tendant à garantir que seules les copies des pièces utiles à la solution du litige et directement liées à lui puissent être communiquées (2e Civ., 23 juin 2011, pourvoi no 10-18.540).

De plus, ces mesures doivent être strictement nécessaires. Tel est le cas de la mesure autorisant des huissiers de justice à prendre copie de documents et à cloner les disques durs des ordinateurs personnels et sociaux des dirigeants d'une société, dès lors que cette mesure était circonscrite à la recherche de documents relatifs à une franchise, la cession d'un fonds de commerce et de titres d'une société, où le clonage des disques informatiques, ordonné pour préserver les disques durs de risques de destruction de documents lors de la recherche des documents effacés, avait été organisé sous le contrôle des huissiers de justice, avec l'assistance d'experts en informatique, sans possibilité de divulgation à la requérante, et où il avait été rappelé que toute retranscription relative à la vie privée des intéressés était interdite (Com., 8 décembre 2009, pourvoi no 08-21.253). En effet, si la protection du secret des affaires l'impose, la mesure d'instruction sollicitée peut être aménagée (Com., 8 décembre 2009, pourvoi no 08-21.225).

Au contraire, excèdent de telles limites les mesures autorisant un huissier de justice à se rendre dans les locaux d'une société suspectée d'actes de concurrence déloyale et de détournement de clientèle et à se saisir de tout document social, fiscal, comptable, administratif, de quelque nature que ce soit, susceptible d'établir la preuve, l'origine et l'étendue du détournement, permettant ainsi à l'huissier de justice de fouiller à son gré les locaux de la société, sans avoir préalablement sollicité la remise spontanée des documents concernés et obtenu le consentement du requis (2e Civ., 16 mai 2012, pourvoi no 11-17.229, *Bull.* 2012, II, no 89), comme cela est le cas d'une mesure générale d'investigation portant sur l'ensemble de l'activité d'une société et tendant à apprécier cette activité et à la comparer avec celle de sociétés ayant le même objet (2e Civ., 7 janvier 1999, pourvoi no 97-10.831, *Bull.* 1999, II, no 3).

Il est enfin intéressant de préciser que le fait d'avoir obtenu, au détriment du secret des affaires, par le biais d'une mesure d'instruction, des documents concernant une société concurrente, ne constitue pas une faute faisant dégénérer en abus le droit d'agir en justice (Com., 27 avril 2011, pourvoi no 10-16.618).

2. Secrets des affaires légalement protégés

Certains secrets des affaires bénéficient d'une protection spécifique, assurée notamment par leur qualification de secret professionnel, dont la violation est pénalement incriminée et sanctionnée par les articles 226-13 et 226-14 du code pénal. Un élément de preuve y portant atteinte n'est, en principe, pas admissible. Le secret des correspondances des avocats et le secret bancaire constituent des exemples de secret des affaires dont la Cour de cassation est régulièrement saisie.

a. Secret des correspondances des avocats

Avant la loi n° 97-308 du 7 avril 1997 modifiant les articles 54, 62, 63 et 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, la confidentialité des correspondances entre avocats ne faisait l'objet d'aucune disposition législative ou réglementaire et ne s'imposait pas au juge qui pouvait recevoir en preuve une telle correspondance. L'article 66-5, plusieurs fois modifié depuis, énonce désormais, dans son alinéa 1er, qu'« en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ». Ses alinéas suivants régissent les cas particuliers de la fiducie et de certains contrats mentionnés par le code des sports. L'article 4 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat impose à l'avocat le respect du secret professionnel.

Ainsi, à moins qu'il ne s'agisse d'une « lettre officielle » (1re Civ., 31 janvier 2008, pourvoi n° 07-12.062, *Bull.* 2008, I, n° 32 ; 3e Civ., 9 mai 2012, pourvoi n° 11-15.161, *Bull.* 2012, III, n° 74), toutes correspondances échangées entre avocats (1re Civ., 27 septembre 2005, pourvoi n° 03-18.943) ou entre un avocat et son client (Com., 14 septembre 2010, pourvoi n° 09-16.347) produites devant les juridictions, sans l'accord du client protégé par ce secret, doivent être écartées des débats, même si la lettre a été communiquée par le client destinataire à un tiers (1re Civ., 14 janvier 2010, pourvoi n° 08-21.854, *Bull.* 2010, I, n° 4). Le juge peut d'ailleurs les écarter d'office des débats, sans être tenu de solliciter les observations des parties (Com., 18 septembre 2012, pourvoi n° 11-21.898). Par contre, une lecture stricte de l'article 66-5 de la loi précitée impose d'exclure d'une telle protection les correspondances échangées entre l'avocat et l'expert-comptable de son client (Com., 15 juin 2010, pourvoi n° 09-66.688) et celles adressées directement par une partie à l'avocat de son adversaire (1re Civ., 31 janvier 2008, pourvoi n° 06-14.303), mais d'en faire bénéficier « en toute matière » les correspondances des avocats, tels les courriels à l'en-tête d'un cabinet d'avocat, pourvus d'un avis de confidentialité, qui se rattachent à des activités, non de défense, mais de gestion relatives à la domiciliation des installations de son client à l'étranger, à son raccordement téléphonique, à l'établissement de son bilan, aux retards de paiement de l'impôt à l'étranger et au paiement des honoraires du commissaire aux comptes, qui auraient pu être exercées par un autre mandataire non protégé (Com., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-14.008, *Bull.* 2012, IV, n° 87).

Toutefois, toutes les correspondances « non officielles » entre avocats ou entre un avocat et son client ne sont pas protégées par ce secret professionnel.

D'abord, la confidentialité des correspondances échangées entre l'avocat et son client ne s'impose qu'au premier et non au second qui, n'étant pas tenu au secret professionnel, peut les rendre publiques (1re Civ., 30 avril 2009, pourvoi n° 08-13.596) et les produire en justice (1re Civ., 30 septembre 2008, pourvoi n° 07-17.162), de sorte que la partie qui produit en justice une lettre qu'elle avait adressée à son avocat n'est pas recevable à invoquer le secret professionnel relativement aux informations qu'elle a elle-même rendues publiques (Com., 6 juin 2001, pourvoi n° 98-18.577, *Bull.* 2001, IV, n° 110).

Ensuite, ne sont pas couvertes par le secret professionnel les correspondances échangées entre deux avocats dont l'un a la qualité d'employeur de l'autre, lorsqu'elles concernent exclusivement leurs rapports personnels de travail (1re Civ., 23 novembre 2004, pourvoi no 03-12.709), ni celles dont il n'est pas possible de déterminer si elles relèvent de l'activité d'avocat du cabinet, celles-ci pouvant relever de la gestion d'affaires d'un cabinet à compétences multiples autres que celles d'un avocat (Com., 7 juin 2011, pourvoi no 10-19.585) ou, enfin, lorsqu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à la fraude présumée (Com., 9 mars 1999, pourvoi no 97-30.029 ; Crim., 27 septembre 2011, pourvoi no 11-83.755). En matière d'investigations fondées sur l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, le secret professionnel des avocats ne fait pas obstacle à ce que soient autorisées la visite de leurs locaux et la saisie des documents qu'ils détiennent, dès lors que le juge a trouvé dans les informations fournies par l'administration requérante les présomptions suffisantes de fraude fiscale mentionnées dans son ordonnance. Les atteintes éventuelles au secret professionnel relèvent du contrôle de la régularité des opérations et non de celle de l'autorisation (Crim., 6 avril 2005, pourvoi no 03-85.244). Le juge qui autorise de telles mesures dans les locaux professionnels d'une personne astreinte au secret professionnel n'a ainsi pas à prescrire les mesures nécessaires au respect de ce dernier (Com., 26 juin 2012, pourvoi no 11-21.047, *Bull.* 2012, IV, no 136).

b. Secret bancaire

Le secret bancaire a déjà fait l'objet de deux études publiées au *Rapport annuel* de la Cour de cassation (E. Collomp, « Le secret bancaire » *in Rapport* 2004, p. 45 ; *Rapport* 2010, § 2.1.2.2.1, p. 260). Nous nous attacherons ici à étudier la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'admissibilité des documents couverts par ce secret comme éléments de preuve.

Le secret bancaire est expressément prévu aux articles L. 511-33 et L. 511-34 du code monétaire et financier. L'alinéa 1 du premier de ces textes prévoit que « tout membre d'un conseil d'administration et, selon le cas, d'un conseil de surveillance et toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou d'un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 ou qui est employée par l'un de ceux-ci est tenu au secret professionnel ». Sa violation est réprimée par l'article L. 571-4 du même code.

La première chambre civile a jugé (1re Civ., 15 mai 2008, pourvoi no 06-20.807) que « le refus d'ordonner la production de pièces qu'une partie détient au nom d'un tiers, et qui sont couvertes par le secret professionnel, ne porte pas atteinte aux exigences d'un procès équitable, dès lors que la partie qui sollicite ces pièces peut obtenir une mesure d'instruction ou s'adresser directement au tiers bénéficiaire du secret ». Cet arrêt, qui ne précise pas les cas dans lesquels peut être ordonnée une mesure d'instruction portant sur un document protégé par le secret bancaire, semble admettre par principe de tels éléments de preuve.

En revanche, la chambre commerciale juge, de manière constante, en sens inverse (voir les arrêts cités dans la même partie, titre 1, chapitre 1, section 1, § 1, B, 1) que « le secret professionnel auquel est tenu un établissement bancaire en application de l'article L. 511-33 du code monétaire et financier constitue un empêchement légitime opposable au juge civil », ou au tiers à qui il a été ordonné de produire des pièces

couvertes par le secret bancaire. Celui-ci peut alors exercer un recours devant la juridiction ayant rendu ce jugement, puis interjeter appel de la décision rendue sur recours (2e Civ., 17 novembre 2011, pourvoi no 10-21.326, *Bull.* 2011, II, no 213).

Relatif, ce secret peut être levé par le client bénéficiaire (Com., 11 avril 1995, pourvoi no 92-20.985, *Bull.* 1995, IV, no 121) et n'est pas opposable lorsque la banque et le bénéficiaire du secret sont tous deux parties à l'instance. Ainsi, il a été jugé (Com., 19 juin 1990, pourvoi no 88-19.618, *Bull.* 1990, IV, no 179), dans le cadre d'une action en responsabilité dirigée contre la banque, que « la demande de communication [de documents] était dirigée contre la banque, non pas en sa qualité de tiers confident, mais en celle de partie au procès intenté contre elle par les bénéficiaires du secret bancaire invoqué ». De même, la banque peut produire des pièces pour se défendre contre son salarié, bénéficiaire du secret (Soc., 2 novembre 2005, pourvoi no 03-47.446).

Dans les autres cas, sauf dispositions légales particulières permettant sa levée au profit de certaines personnes (information de la caution, huissier de justice dans le cadre d'une saisie-attribution…) ou autorités (Autorité de contrôle prudentiel, Banque de France, TRACFIN, l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale, le président du tribunal de commerce ou le juge-commissaire, la Commission de surendettement des particuliers…), le secret bancaire est opposable à tous, y compris à l'ancienne gérante d'une société liquidée, qui n'avait plus qualité pour représenter la société dont elle sollicitait la communication des comptes, et se trouvait donc dans la situation de tout tiers (Com., 16 janvier 2001, pourvoi no 98-11.744, *Bull.* 2001, IV, no 12), et ce même si la banque est partie au procès (Com., 13 novembre 2003, pourvoi no 00-19.573). Ainsi, dans un cas où une banque avait accordé un crédit confirmé pour la garantie d'achèvement d'un immeuble dont la construction avait été abandonnée par le promoteur et où le syndicat des copropriétaires avait demandé la communication par la banque des factures et justificatifs de sommes encaissées et décaissées, la chambre commerciale (Com., 25 janvier 2005, pourvoi no 03-14.693, *Bull.* 2005, IV, no 13) a jugé que « s'il était légitime d'exiger de la banque qu'elle démontre avoir délivré le crédit confirmé conformément aux engagements bénéficiant aux acquéreurs, en revanche, en tant qu'ils étaient relatifs au fonctionnement d'un compte bancaire ou susceptibles de comporter des informations dont [la banque] avait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle, les documents réclamés pour permettre d'établir la destination donnée aux fonds perçus par le promoteur […] étaient couverts par le secret bancaire dont le syndicat des copropriétaires […] n'était pas bénéficiaire et ce secret constituait un empêchement légitime opposable au juge civil […] ». La même solution a été retenue en matière de secret professionnel des experts-comptables : pour casser un arrêt ayant accueilli la demande d'un salarié de production de rapports d'un expert-comptable sur le fondement desquels son employeur l'avait licencié, la chambre commerciale énonce que « quel que soit l'objet de la mission dont il est chargé par contrat, l'expert-comptable est tenu à un secret professionnel absolu à raison des faits qu'il n'a pu connaître qu'en raison de la profession qu'il exerce, de sorte que la demande contraire à ce principe ne peut être légitime » (Com., 8 février 2005, pourvoi no 02-11.044, *Bull.* 2005, IV, no 22). Cette « obligation au secret professionnel à laquelle sont tenus les établissements de crédit leur interdit de fournir à un client qui en formule la demande des renseignements autres que simplement commerciaux d'ordre général et économique sur la solvabilité d'un autre de leurs clients » (Com., 18 septembre 2007, pourvoi no 06-10.663, *Bull.* 2007, IV, no 195).

En matière de virement, le secret bancaire est opposable au bénéficiaire du virement qui demanderait au banquier du donneur d'ordre des informations sur le compte de ce dernier. En sens inverse, la question s'est posée de manière plus originale, puisqu'en principe le donneur d'ordre dispose de telles informations sur le compte qu'il a crédité. À la suite d'un virement effectué sur le compte d'un homonyme de son créancier, le donneur d'ordre cherchait à identifier le bénéficiaire pour solliciter la répétition de l'indu. La chambre commerciale (Com., 21 février 2012, pourvoi n° 11-10.900) a jugé que « les informations demandées, soit la dénomination, l'immatriculation et le lieu du siège social, identifiant son client, comme bénéficiaire du virement, étaient couvertes par le secret professionnel et ne pouvaient être communiquées à un tiers sans l'accord du client ». En effet, si les éléments d'identification sollicités sont publics, encore fallait-il pouvoir les rattacher au titulaire du compte bénéficiaire du virement et donc analyser le fonctionnement du compte et dévoiler l'identité de son titulaire. Cet arrêt se situe dans le prolongement de celui du 25 février 2003 (Com., 25 février 2003, pourvoi n° 00-21.184, *Bull.* 2003, IV, n° 26) qui avait jugé que la communication des coordonnées de la personne ayant procuration sur le compte d'une personne décédée, aux fins de restitution de pensions de retraite versées après le décès, se heurtait aux règles légales sur le secret bancaire, qui ne cesse pas avec la disparition de la personne qui en bénéficie, s'étend à celles qui ont le pouvoir de faire fonctionner le compte, et qui constitue un empêchement légitime opposable au juge civil.

En matière de chèque, les informations figurant au verso du chèque sont couvertes par le secret bancaire dû par l'établissement de crédit au bénéficiaire du chèque, lequel constitue un empêchement légitime opposable au juge civil. Dès lors, ne peut être ordonnée en justice, à la demande du tireur ou de ses héritiers, la production par la banque de la copie intégrale de ces chèques (Com., 8 juillet 2003, pourvoi n° 00-11.993, *Bull.* 2003, IV, n° 119 ; Com., 9 juin 2004, pourvoi n° 02-19.572 ; Com., 28 février 2006, pourvoi n° 04-17.545 ; Com., 21 septembre 2010, pourvoi n° 09-68.994).

Toutefois, la chambre commerciale a admis un assouplissement dans la protection du secret bancaire : dans un cas où était recherchée la responsabilité des banquiers présentateur et tiré de chèques à la suite de leur endossement frauduleux, elle a jugé (Com., 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-10.490, *Bull.* 2011, IV, n° 153) que les règles du secret bancaire ne peuvent être invoquées par le banquier tiré pour s'opposer à la production en recto verso d'une copie des chèques, sollicitée par le tireur. En l'espèce, la communication du verso des chèques n'avait ni pour objet, ni pour effet, de faire connaître au tireur les coordonnées bancaires du bénéficiaire des chèques, ceux-ci ne leur ayant pas été payés, mais de vérifier la régularité des opérations effectuées par les banques dans l'encaissement et le paiement des chèques. Une telle solution avait déjà permis la production de documents couverts par le secret professionnel des commissaires aux comptes et experts-comptables (Com., 14 novembre 1995, pourvoi n° 94-13.361, *Bull.* 1995, IV, n° 263 ; Com., 14 novembre 1995, pourvoi n° 93-10.937, *Bull.* 2005, IV, n° 262). Décider autrement aurait sérieusement limité la possibilité d'engager la responsabilité de ces professionnels, que le secret bancaire n'est pas destiné à protéger.

Elle y a également dérogé en élargissant le cercle des personnes ne pouvant se voir opposer le secret bancaire :

– D'une part, à la caution contre laquelle la banque forme une demande en paiement : tenue d'établir l'existence et le montant de sa créance à son égard, la banque est

autorisée à lui communiquer les documents concernant le débiteur principal nécessaires à l'administration d'une telle preuve, sans que puisse lui être opposé le secret bancaire (Com., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-19.777, *Bull.* 2008, IV, n° 206) ;

– D'autre part, aux tiers intéressés au litige : ainsi, la chambre commerciale (Com., 31 mai 2011, pourvoi n° 10-19.338) ne fait pas bénéficier de la protection du secret bancaire des tiers à une procédure de référé-expertise, mais qui étaient impliqués dans le litige en responsabilité en prévision duquel était sollicitée la communication de pièces. Dans cette affaire, une personne avait proposé à des investisseurs de s'associer en vue de créer une société d'investissement, qui avait déposé leurs fonds auprès d'une société financière. Après la condamnation de l'initiateur des placements, les investisseurs avaient assigné la société financière en référé-expertise en vue d'une éventuelle action en responsabilité à son égard. La cour d'appel y avait fait droit et donné mission à l'expert de procéder à diverses recherches nécessitant la communication de pièces, détenues par la société financière, relatives aux conventions souscrites et opérations menées entre cette dernière, la société d'investissement et son dirigeant. Pour rejeter le moyen invoquant une atteinte au secret bancaire, la chambre commerciale, relevant que la personne à l'origine de ces opérations avait cherché à dissimuler les pertes par une confusion créée entre son patrimoine, celui de la société d'investissement et les fonds qui lui avaient été remis, que la société d'investissement n'avait obtenu aucun agrément pour exercer une activité de gestion de patrimoine et qu'elle ne disposait d'aucune couverture conforme à la réglementation, a constaté que la mesure d'expertise portait sur un litige impliquant les investisseurs ainsi que la société d'investissement et son dirigeant, de sorte que ces derniers étaient tiers intéressés au litige. Les documents les concernant pouvaient donc être produits en justice. Décider autrement, c'est-à-dire en faisant une application stricte de la jurisprudence, notamment celle issue de l'arrêt du 25 janvier 2005 précité (Com., 25 janvier 2005, pourvoi n° 03-14.693, *Bull.* 2005, IV, n° 13), aurait permis à la société financière de bénéficier du secret bancaire qui n'est pas destiné à la protéger et d'empêcher ainsi que soit rapportée, le cas échéant, la preuve de sa responsabilité.

Pour que puisse être admise la preuve de l'existence ou du contenu d'un acte de cession de créances en bloc par un établissement bancaire, lequel contient, par définition, des informations sur des personnes étrangères au litige et est, dès lors, couvert par le secret bancaire, la chambre commerciale fait également preuve de pragmatisme en admettant la production d'extraits authentiques de l'acte, par lesquels le notaire certifie la provenance du document et l'absence d'autres dispositions de l'acte susceptibles de concerner les parties au litige (Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.715, *Bull.* 2012, IV, n° 12) ; l'appréciation du sens, de la valeur et de la portée des éléments de preuve relève cependant des juges du fond qui peuvent considérer que de telles pièces produites ne sont pas toujours suffisantes pour établir l'existence de la créance (Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-21.108). Elle suggère aussi la production de documents rendus anonymes : alors que se présentait la difficulté de rapporter la preuve du caractère déterminable du prix de la cession de la créance résultant de prêts consentis aux demandeurs, sans lequel le retrait litigieux prévu par l'article 1699 du code civil ne pouvait être exercé, elle a cassé (Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-20.972, *Bull.* 2012, IV, n° 14) l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour écarter cet exercice, avait retenu que le caractère non déterminable du prix était établi par une attestation notariale certifiant que le prix ne pouvait être individualisé dans le prix global convenu du portefeuille de 391

créances, alors qu'il appartenait au juge de se prononcer en fonction d'éléments d'appréciation précis et concrets produits par les parties, et, a-t-elle pris le soin de préciser, « au besoin justifiés par des documents rendus anonymes ».

B. Protection du secret des affaires en matière de pratiques anticoncurrentielles : un aménagement original des règles de preuve

En matière de pratiques anticoncurrentielles, l'enquête, non contradictoire, ne risque pas, en principe, de violer un secret des affaires en le portant à la connaissance d'un concurrent. L'assurance d'une telle protection doit toutefois être relativisée par le fait que les éléments produits au soutien d'une demande d'autorisation de visite et saisie, prévue par l'article 48 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, devenu l'article L. 450-4 du code de commerce, doivent pouvoir être consultés, *a posteriori*, par l'entreprise concernée (Com., 9 juillet 1996, pourvoi n° 94-16.223, *Bull.* 1996, IV, n° 214 ; Com., 1er avril 1997, pourvoi n° 95-30.152 ; Com., 21 octobre 1997, pourvoi n° 96-30.016).

L'instruction et la procédure devant le Conseil de la concurrence, devenu Autorité de la concurrence, étant, au contraire, pleinement « contradictoires » (article L. 463-1 du code de commerce), a été instauré un dispositif original de protection du secret des affaires, inspiré de celui existant à l'égard des parties intervenantes devant la Cour de justice de l'Union européenne et le Tribunal de l'Union européenne (article 93, § 3, du règlement de procédure de la Cour et article 116, § 2 du règlement de procédure du Tribunal). Ce dispositif, qui permet de concilier la protection du secret des affaires et l'exercice des droits de la défense, est applicable uniquement devant l'Autorité de la concurrence, mais la Cour de cassation s'en inspire également lors de procès civils.

1. Protection du secret des affaires

L'article L. 463-4, alinéa 1, du code de commerce prévoit ainsi que « Sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles ». Les articles R. 463-13 à R. 463-15-1 du même code, issus du décret n° 2009-142 du 10 février 2009, précisent les modalités d'application de cette disposition. Ils créent notamment une présomption selon laquelle ne sont pas réputés mettre en jeu le secret des affaires, d'une part, les informations ou documents pour lesquels une demande de protection n'a pas été présentée, et, d'autre part, sauf décision contraire du rapporteur général dans des cas exceptionnels, les éléments portant sur les ventes, parts de marché, offres ou données similaires de plus de cinq ans.

La Cour de cassation, qui n'a eu que rarement l'occasion de se prononcer sur ce dispositif, a précisé (Com., 14 janvier 1992, pourvoi n° 89-21.518, *Bull.* 1992, IV, n° 16) que la décision d'accorder ou non cette protection était prise sans débat contradictoire. Puis, saisie d'un moyen contestant la conformité du dispositif au principe de l'égalité des armes, en ce que l'entreprise poursuivie n'a accès qu'aux seules pièces à charge et non à celles à décharge et en ce que la possibilité de demander le déclassement n'est pas

effective lorsqu'une messagerie a été classée comme une pièce unique, dans la mesure où, ignorant son contenu, il était impossible de démontrer qu'elle contenait des éléments indispensables à l'exercice des droits de la défense, elle a approuvé la cour d'appel qui, après avoir constaté que les requérantes n'avaient pas demandé le déclassement des messageries, ou de certains messages dans celles-ci, qu'elles estimaient nécessaires à l'exercice de leurs droits, sans qu'il soit démontré qu'une telle demande eût été vouée à l'échec, avait retenu que le défaut de communication des pièces en cause n'avait pas constitué une atteinte à l'égalité des armes et que le déclassement de certains éléments de messageries pouvait être ordonné, bien qu'elles constituent chacune une pièce unique (Com., 29 mars 2011, pourvoi n° 10-12.913).

À l'exception de ces documents protégés par le secret des affaires, sauf lorsqu'ils sont nécessaires à l'exercice des droits de la défense, les documents versés au dossier sont soumis à la contradiction et à la discussion des parties, même ceux issus du dossier d'instruction que le rapporteur a demandé à consulter en application de l'article L. 463-5 du code précité (Com., 13 octobre 2009, pourvoi n° 08-18.224, *Bull.* 2009, IV, n° 124). Toutefois, lorsqu'ils ne l'ont pas été, la décision du Conseil de la concurrence n'est susceptible d'être annulée que si le défaut de communication de ces pièces a porté atteinte aux intérêts de l'entreprise qui l'invoque (Com., 4 novembre 2008, pourvoi n° 07-21.275, *Bull.* 2008, IV, n° 188 ; Com., 2 février 2010, pourvoi n° 08-70.449, *Bull.* 2010, IV, n° 26).

2. Dévoilement du secret des affaires

Si un dispositif similaire n'a pas été prévu devant les juridictions judiciaires, la Cour de cassation protège également lors de procès civils, sous réserve de l'exercice des droits de la défense, le secret des affaires dévoilé devant l'Autorité de la concurrence et le Conseil des marchés financiers.

Bien qu'elle soit contradictoire, l'instruction devant l'Autorité de la concurrence est secrète. La divulgation par l'une des parties d'informations concernant une autre partie ou un tiers, dont elle n'a pu avoir connaissance qu'à la suite de l'instruction, est pénalement sanctionnée par l'article L. 463-6 du code de commerce. Saisie de la question de la divulgation de tels documents dans le cadre d'un procès civil, la chambre commerciale a jugé que le principe du respect des droits de la défense ne la justifie que si elle est nécessaire à l'exercice de ces droits. Elle rejoint ainsi la jurisprudence de la chambre criminelle qui considère qu'est constituée l'infraction de violation du secret professionnel si celle-ci n'a pas été rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense (Crim., 29 mai 1989, pourvoi n° 87-82.073, *Bull. crim.* 1989, n° 218 ; Crim., 16 mai 2000, pourvoi n° 99-85.304, *Bull. crim.* 2000, n° 192 ; Crim., 28 octobre 2008, pourvoi n° 08-81.432, *Bull. crim.* 2008, n° 215). Toutefois, en l'espèce, elle a constaté que la condition de nécessité pour l'exercice des droits de la défense n'était pas remplie. Elle a ainsi approuvé une cour d'appel d'avoir décidé, à la demande de la partie visée par les informations contenues dans les pièces issues d'une procédure achevée devant le Conseil de la concurrence et qui étaient produites devant elle, d'écarter ces pièces des débats, dès lors que les parties les ayant produites, qui n'ont pas contesté que cette production était de nature à entraîner leur divulgation, n'ont ni justifié, ni même allégué, de l'éventuelle nécessité de cette divulgation pour s'opposer à la demande de retrait de ces pièces des débats (Com., 19 janvier 2010, pourvoi n° 08-19.761, *Bull.* 2010, IV,

n° 8). C'est donc à la partie qui divulgue une information couverte par le secret de démontrer que cette communication est indispensable à l'exercice de ses droits de la défense. À défaut, le principe du secret de l'instruction devant l'Autorité de la concurrence demeure.

Elle a également appliqué par analogie ce dispositif à une procédure d'appel d'une décision du Conseil des marchés financiers : en réponse à un moyen qui reprochait à la cour d'appel d'avoir refusé de se faire communiquer l'ensemble des documents examinés par le Conseil des marchés financiers, non expurgés de leurs données financières, la Cour de cassation a indiqué « que la cour d'appel énonce exactement que s'il est de principe que la régularité de la décision du Conseil des marchés financiers s'apprécie au vu des documents examinés par le Conseil, ce principe ne fait pas obstacle à ce que certaines données communiquées au Conseil soient soustraites à l'examen des parties à l'instance dès lors qu'il existe un intérêt légitime à ce que des informations mettant en jeu le secret des affaires demeurent confidentielles et que la connaissance de celles-ci n'est pas nécessaire à l'exercice effectif du recours ouvert contre la décision de l'autorité de marché » (Com., 7 janvier 2004, pourvoi n° 02-14.053).

Section 2 – Encadrement des procédés probatoires

Les procédés probatoires sont soumis à une exigence de licéité. Les preuves doivent être recueillies conformément à la loi (§ 1). Cette exigence générale connaît des applications particulières lorsque la preuve résulte de la mise en œuvre d'un dispositif de surveillance (§ 2).

§ 1. Exigence générale de licéité des procédés probatoires

Le principe de licéité de la preuve (A) se heurte à une exception en droit pénal (B).

A. Affirmation de l'exigence

L'exigence de licéité est parfois un obstacle à certaines modalités d'obtention des preuves (1), parfois un obstacle à l'utilisation de preuves déjà obtenues (2).

1. Encadrement de l'obtention des preuves

a. Pressions sur autrui

Ne trouvant pas les éléments de preuve nécessaires, l'une des parties peut être tentée d'avoir recours à des pressions particulières pour obtenir des aveux (α), ou à des stratagèmes (β) pour provoquer l'événement qu'il s'agit de prouver. Là encore, la Cour de cassation a été amenée à intervenir pour assurer la loyauté de la recherche de la preuve.

α. Respect de la dignité de la personne

L'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

L'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne fait apparaître que celle-ci est beaucoup plus sévère lorsque les éléments de preuve ont été obtenus au mépris de cet article.

Déjà, en 1992, elle a énoncé que les nécessités de l'enquête et les indéniables difficultés de la lutte contre la criminalité, notamment en matière de terrorisme, ne sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne ; elle a ainsi considéré que l'intensité et la multiplicité des coups portés au requérant pendant sa garde à vue dans le cadre d'une enquête relative à un attentat perpétré en Corse contre un centre de repos de la Légion étrangère et attestés par des certificats médicaux conféraient à ce traitement un caractère inhumain et dégradant (CEDH, 27 août 1992, Tomasi c. France, requête n° 12850/87).

Une position plus sévère encore a été retenue dans une espèce relative à des violences physiques et psychologiques subies par le requérant lors de sa garde à vue dans le cadre d'une affaire de stupéfiants, la Cour considérant que les actes commis, en ce qu'ils ont provoqué des douleurs et souffrances « aiguës » au sens de l'article 1er de la Convention des Nations unies contre la torture et revêtu un caractère particulièrement grave et cruel, devaient être regardés comme des actes de torture au sens de l'article 3 (CEDH, 28 juillet 1999, Selmouni c. France, requête n° 25803/94).

De façon plus précise encore, la Cour européenne a rappelé que « l'article 3 consacre l'une des valeurs les plus fondamentales des sociétés démocratiques. Même dans des situations extrêmement difficiles, telles que la lutte contre le terrorisme et le crime organisé, la Convention prohibe en termes absolus la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime. L'article 3 ne prévoit pas d'exceptions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention, et il ne souffre nulle dérogation en vertu de l'article 15 § 2 même en cas de danger public menaçant la vie de la nation » (CEDH, 11 juillet 2006, Jalloh c. Allemagne, requête n° 54810/00).

La Cour constate que « l'utilisation dans le cadre d'une procédure pénale d'éléments de preuve recueillis au mépris de l'article 3 soulève de graves questions quant à l'équité de cette procédure » et considère que « des éléments à charge, qu'il s'agisse d'aveux ou d'éléments matériels, rassemblés au moyen d'actes de violence ou de brutalité ou d'autres formes de traitements pouvant être qualifiés de torture, ne doivent jamais, quelle qu'en soit la valeur probante, être invoqués pour prouver la culpabilité de la victime » (même arrêt). C'est ainsi, qu'en l'espèce, elle a considéré que le fait que le requérant se soit vu administrer de force un émétique pour obtenir la preuve d'une infraction à la législation sur les stupéfiants constituait un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3.

Cette jurisprudence a été à nouveau énoncée dans un arrêt important dans lequel la Cour a considéré que les menaces réelles et immédiates proférées à l'adresse du requérant afin de lui extorquer des informations dans le cadre d'une affaire d'enlèvement et d'assassinat d'enfant avaient atteint le degré minimum de gravité voulu pour que le comportement litigieux tombe sous le coup de l'article 3. Elle a rappelé que, selon sa propre jurisprudence, qui se réfère aussi à la définition de la torture donnée à l'article 1 de la Convention des Nations unies contre la torture, et conformément aux positions adoptées par d'autres organes internationaux de contrôle des droits de l'homme, une menace de torture peut s'analyser en torture, la torture couvrant par nature les

souffrances physiques comme mentales (CEDH, 1er juin 2010, Gäfgen c. Allemagne, requête no 22978/05).

Il convient enfin de faire état d'un dernier arrêt dans lequel elle a estimé que les actes dénoncés par le requérant mineur (en l'occurrence, des blessures survenues au commissariat, lors d'un contrôle d'identité, alors qu'il se trouvait sous le contrôle des fonctionnaires de police et qu'il était menotté) étaient de nature à engendrer des douleurs ou des souffrances physiques et mentales chez lui et, compte tenu de son âge et du stress posttraumatique constaté, à créer également des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier, avilir et briser éventuellement sa résistance physique et mentale. Elle en a alors conclu que les traitements exercés sur la personne du requérant avaient revêtu un caractère inhumain et dégradant (CEDH, 4 novembre 2010, Darraj c. France, requête no 34588/07).

β. Provocation à l'infraction

La Cour européenne, lorsqu'elle est appelée à contrôler la conformité d'une procédure aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, rappelle toujours que la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles de droit interne et, qu'en principe, il revient aux juridictions nationales d'apprécier les éléments recueillis par elles.

Elle considère que la tâche que lui attribue la Convention consiste à rechercher si la procédure examinée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, revêt un caractère équitable. Ainsi, s'agissant de la procédure pénale, elle exige que les moyens de preuve aient été produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire.

La provocation policière à la commission d'une infraction a été condamnée par la Cour européenne à plusieurs reprises. C'est ainsi qu'elle a énoncé que si la Convention n'empêche pas de s'appuyer, au stade de l'instruction préparatoire et lorsque la nature de l'infraction peut le justifier, sur des sources telles que les indicateurs occultes, cette intervention d'agents infiltrés doit être circonscrite et entourée de garanties, l'intérêt public ne pouvant justifier l'utilisation d'éléments recueillis à la suite d'une provocation policière (CEDH, 9 juin 1998, Teixeira De Castro c. Portugal, requête no 44/1997/828/1034 ; CEDH, 7 septembre 2004, Eurofinacom c. France, requête no 58753/00 ; CEDH, 26 octobre 2006, Khoudobine c. Russie, requête no 59696/00 ; CEDH, 5 février 2008, Ramanauskas c. Lituanie, requête no 74420/01, § 54 : « […] si l'intervention d'agents infiltrés peut être tolérable dans la mesure où elle est clairement circonscrite et entourée de garanties, l'intérêt public ne saurait justifier l'utilisation d'éléments recueillis à la suite d'une provocation policière. Un tel procédé est susceptible de priver *ab initio* et définitivement l'accusé d'un procès équitable » ; CEDH, 27 août 2008, Ünel c. Turquie, requête no 35686/02 ; CEDH, 4 novembre 2010, Bannikova c. Russie, requête no 18757/06).

En droit interne, l'article préliminaire du code de procédure pénale dispose « I. – La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties. » Cette exigence du procès équitable a pour corollaire le principe de la loyauté des preuves.

L'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation montre que celle-ci s'efforce de faire le partage entre les provocations policières admises et celles qui ne le sont pas.

Classiquement, la doctrine distingue les provocations à la preuve des provocations à l'infraction. La provocation est interdite lorsqu'elle est à l'origine de l'infraction, mais admise quand elle permet de rapporter la preuve d'une infraction. Certaines méthodes d'infiltration sont d'ailleurs autorisées par le législateur à la condition de ne pas constituer une incitation à commettre des infractions.

Plusieurs arrêts ont été rendus en la matière qui énoncent la position de la Cour et témoignent de sa constance. C'est ainsi qu'elle a depuis longtemps énoncé à propos des provocations à l'infraction que dès lors qu'il résulte des énonciations des juges que l'interpellation d'une personne, suspectée de trafic d'influence, a procédé d'une machination de nature à déterminer ses agissements délictueux et que, par ce stratagème, qui a vicié la recherche et l'établissement de la vérité, il a été porté atteinte au principe de la loyauté des preuves, la chambre d'accusation est fondée à prononcer la nullité de la procédure subséquente (Crim., 27 février 1996, pourvoi n° 95-81.366, *Bull. crim*. 1996, n° 93).

De même : « porte atteinte au principe de la loyauté des preuves et au droit à un procès équitable, la provocation à la commission d'une infraction par un agent de l'autorité publique ou par son intermédiaire ; […] la déloyauté d'un tel procédé rend irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus » (Crim., 9 août 2006, pourvoi n° 06-83.219, *Bull. crim*. 2006, n° 202).

Un domaine particulier a donné lieu à une application de ces principes : celui de l'infiltration dans le domaine de la cybercriminalité. En effet, afin de faciliter la constatation des infractions commises sur internet, le législateur a introduit, par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, un article 706-47-3 dans le code de procédure pénale, qui autorise les services de police à procéder à certains actes d'infiltration dans le domaine de la cybercriminalité.

La Cour de cassation a rendu sur cet aspect très particulier plusieurs décisions dans lesquelles elle a considéré qu'encourt la censure l'arrêt qui retient comme élément de preuve du délit de détention d'images de mineurs à caractère pornographique les actes résultant d'une provocation policière à la transmission de telles images (Crim., 11 mai 2006, pourvoi n° 05-84.837, *Bull. crim*. 2006, n° 132) ; de même, elle a indiqué que porte atteinte au principe de loyauté des preuves et au droit à un procès équitable la provocation à la commission d'une infraction par un agent de l'autorité publique, en l'absence d'éléments antérieurs permettant d'en soupçonner l'existence et que la déloyauté d'un tel procédé rend irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus, quand bien même ce stratagème aurait permis la découverte d'autres infractions déjà commises ou en cours de commission (Crim., 7 février 2007, pourvoi n° 06-87.753, *Bull. crim*. 2007, n° 37 ; Crim., 4 juin 2008, pourvoi n° 08-81.045, *Bull. crim*. 2008, n° 141).

En revanche, à plusieurs reprises, la Cour a considéré que ne constituent pas des atteintes au principe de la loyauté des preuves les provocations à la preuve : doit être approuvée la chambre d'accusation qui, pour considérer comme régulière l'intervention du policier, se borne à relever qu'elle n'a pas déterminé les agissements des personnes mises en examen, mais a eu pour seul effet, en facilitant son infiltration d'un réseau préexistant, de constater le trafic de stupéfiants auquel ces dernières se livraient (Crim.,

30 avril 1998, pourvoi n° 97-85.747, *Bull. crim*. 1998, n° 147) ; de la même façon, elle a admis que ne constitue pas une atteinte au principe de loyauté des preuves une opération policière qui a lieu dans un contexte préexistant de trafic de stupéfiants qu'elle a pour objet de constater et qui ne détermine en rien les agissements délictueux, déjà commis et en train de se commettre, de l'un des participants interpellé dans le cadre de cette enquête (Crim., 8 juin 2005, pourvoi n° 05-82.012, *Bull. crim*. 2005, n° 173) ou que ne constitue pas un stratagème portant atteinte à la loyauté des preuves l'intervention des gendarmes qui a eu pour seul effet de permettre la constatation d'un délit de trafic d'influence dont ils n'ont pas déterminé la commission (Crim., 16 janvier 2008, pourvoi n° 07-87.633, *Bull. crim*. 2008, n° 14).

b. Intrusions chez autrui

α. Pénétration sur une parcelle agricole

Il a été évoqué, à l'occasion de développements relatifs à la liberté de la preuve (voir partie 3, titre 2, chapitre 6, section 2), que le bailleur de biens ruraux peut, en principe, librement prouver les manquements de son locataire en vue d'intenter une action en résiliation du bail aux torts de celui-ci sur le fondement de l'article L. 411-31 du code rural et de la pêche maritime.

Cette liberté n'est toutefois pas sans limites ainsi qu'il ressort d'un arrêt de la troisième chambre civile du 10 mars 2010 (pourvoi n° 09-13.082, *Bull*. 2010, III, n° 62).

La question posée était de savoir si un bailleur, désireux de collecter des éléments de preuve en vue d'intenter une telle action, est en droit de pénétrer, le cas échéant accompagné d'un huissier, d'un témoin ou d'un sachant, sur les lieux loués, à l'insu de son locataire, pour y constater d'éventuelles dégradations.

La Cour de cassation approuve le juge d'appel d'avoir écarté les preuves (en l'occurrence des rapports d'un expert commis par le bailleur) établies dans ces conditions : le bailleur ne saurait pénétrer sur le bien loué de sa propre initiative, pour se constituer la preuve d'éventuels manquements de la part du locataire (3e Civ., 10 mars 2010, pourvoi n° 09-13.082, *Bull*. 2010, III, n° 62 : « la cour d'appel, qui a retenu justement que M. X… ne pouvait pénétrer avec M. Z… sur la parcelle louée à Mme Y… qu'après accord préalable de celle-ci, en a exactement déduit, sans violer le principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention des droits de l'homme, alors qu'une autorisation judiciaire n'avait pas été sollicitée, que ces deux rapports devaient être écartés des débats »).

Il est vrai que le bailleur pouvait croire être en droit de fouler du pied un bien lui appartenant et manifestement insusceptible d'être regardé comme un domicile (il s'agissait, en l'espèce, d'un champ clos en nature d'oliveraie). Ce, d'autant plus que les rapports d'expertise ainsi établis paraissaient bien mettre en évidence les manquements qu'il soupçonnait.

Cette manière clandestine de procéder n'était certes pas constitutive, compte tenu de la destination du lieu, d'une atteinte à la vie privée du locataire. Le bailleur était néanmoins reprochable pour avoir manqué à son obligation de garantir à son cocontractant la jouissance paisible des lieux loués et, plus généralement, pour avoir agi de

manière déloyale en se dispensant de le prévenir. Les preuves collectées de la sorte devaient être, par conséquent, écartées.

Le bailleur faisait habilement valoir que la décision de la cour d'appel reposait sur une violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il est vrai que la Cour européenne des droits de l'homme a jugé, à plusieurs reprises, que le droit au procès équitable garanti par ce texte « impliqu[ait] l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire » (voir, notamment, CEDH, 27 octobre 1993, Dombo Beheer B. V. c. Pays-Bas, requête n° 14448/48) et s'opposait, par conséquent, à ce qu'une modalité de preuve soit offerte à une partie, mais pas à son adversaire.

La Cour de cassation avait tiré de ce texte de droit conventionnel que constituait une atteinte au principe dit d'« égalité des armes », induit par le droit au procès équitable, « le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel au succès de ses prétentions » (Com., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-10.606, *Bull.* 2007, IV, n° 130).

Mais, comme relevé par la troisième chambre civile, il était loisible au bailleur de la cause, confronté à l'éventuel refus de son locataire de le laisser accéder à la parcelle louée, de solliciter une autorisation judiciaire à cette fin, éventuellement sur requête pour se ménager un effet de surprise. La voie du constat *in situ* ne lui était donc pas fermée.

Cet arrêt paraît marquer un point d'équilibre entre la règle de fond, qui postule la liberté de la preuve d'un fait nécessaire à l'exercice d'un droit, et la règle processuelle, qui appelle un contrôle des conditions dans lesquelles les preuves sont obtenues.

β. Visites domiciliaires en matière fiscale

Dans le domaine des visites domiciliaires, dès 1991, la chambre commerciale a imposé au juge statuant en application de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales de mentionner l'origine apparente des pièces produites par l'administration au soutien de sa demande de visite, afin d'établir leur détention licite et de lui permettre d'exercer son contrôle (Com., 27 novembre 1991, pourvoi n° 90-11.980, *Bull.* 1991, IV, n° 363). Elle a ensuite toujours posé comme règle que les pièces obtenues en vertu du droit de communication de l'administration doivent être regardées comme ayant une origine apparemment licite, le contrôle de la régularité de la mise en œuvre de ce droit incombant à la juridiction appelée à statuer sur la fraude fiscale (voir, notamment, Com., 21 février 1995, pourvoi n° 93-19.697). Néanmoins, « les dispositions de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales ne limitent pas le contrôle exercé par le premier président, dans le cadre du débat contradictoire qu'elles instaurent en cas d'appel, à l'examen de la seule apparence de la licéité de l'origine des pièces produites au soutien de la requête, [dès lors], saisi d'une contestation sur ce point, le premier président, en vérifiant que les éléments d'information fournis par l'administration fiscale requérante avaient été obtenus par elle de manière licite, a procédé au contrôle qui lui incombait » (Com., 7 avril 2010, pourvoi n° 09-15.122, *Bull.* 2010, IV, n° 73).

À la suite de la réforme opérée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, cette décision est ainsi venue mettre fin à la jurisprudence antérieure qui se contentait d'exiger la seule constatation d'une apparence de licéité. En

cas de contestation relative à la licéité des pièces produites au soutien de la requête, il appartient désormais au premier président de vérifier que les éléments d'information fournis par l'administration fiscale requérante ont été obtenus par elle de manière licite (Com., 7 juin 2011, pourvoi n° 10-18.108 ; Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-13.097, *Bull.* 2012, IV, n° 22), alors qu'auparavant, il fallait attendre l'achèvement des opérations pour contester, devant le juge compétent, la licéité des pièces en même temps qu'étaient contestés les résultats de l'opération de contrôle fiscal (Com., 3 octobre 1995, pourvoi n° 94-11.715, *Bull.* 1995, IV, n° 221 ; Com., 14 novembre 2002, pourvoi n° 01-88.122).

Dans le domaine des visites domiciliaires effectuées à la demande de l'administration fiscale sur le fondement de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, il est fréquent que les lieux visités abritent des professionnels en relation avec les contribuables suspectés de fraude, comme des cabinets d'avocats.

La chambre commerciale s'est montrée soucieuse d'assurer le respect des droits de la défense, en affirmant tout d'abord qu'il est impossible de rechercher la preuve de la fraude fiscale par la saisie de correspondances échangées entre l'avocat et son client, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les activités de défense et de gestion de l'avocat. Elle a en effet retenu qu'« il résulte des dispositions combinées des articles 66-5 de la loi [n° 71-1130] du 31 décembre 1971 et L. 16 B du livre des procédures fiscales qu'en toute matière, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci et les correspondances échangées entre le client et son avocat sont couvertes par le secret professionnel » (Com., 5 mai 1998, pourvoi n° 96-30.116, *Bull.* 1998, IV, n° 147) puis, encore récemment (Com., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-14.008, *Bull.* 2012, IV, n° 87) « qu'en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ».

Sa position ne signifie cependant pas qu'une saisie de pièces répondant à cette définition ne peut être autorisée ou maintenue à l'occasion d'une visite dans un cabinet d'avocats, mais c'est alors à la condition que les documents soient de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à la fraude présumée (Com., 5 mai 1998 précité et, dans le même sens, Com., 9 mars 1999, pourvoi n° 97-30.029).

Par ailleurs, il a été admis que le juge pouvait décider qu'il y a lieu d'annuler la saisie des documents litigieux et d'ordonner leur retrait de la procédure lorsqu'il constate qu'il s'agit de consultations et correspondances d'avocats, alors même que la saisie n'a pas été pratiquée au cabinet de l'avocat, la chambre commerciale ayant ainsi jugé que « l'étendue de la protection légale dont bénéficient les consultations adressées par un avocat à son client et les correspondances échangées entre le client et son avocat ne se limite pas aux seules saisies pratiquées au sein d'un cabinet d'avocat ; que dès lors qu'il constatait que les documents saisis constituaient des consultations et correspondances d'avocat, le juge, qui n'avait pas à motiver plus précisément ni à procéder à la recherche inopérante visée à la deuxième branche, a pu, sans inverser la charge de la preuve, décider qu'il y avait lieu d'annuler la saisie des documents litigieux et d'ordonner leur retrait de la procédure » (Com., 15 décembre 1998, pourvoi n° 96-30.082).

c. Loyauté de l'obtention des preuves en matière fiscale

En droit fiscal, la chambre commerciale a été amenée à poser quelques règles relatives à la loyauté de la preuve.

Récemment, elle a approuvé une cour d'appel qui, dans une procédure de visites domiciliaires diligentées en application de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, avait refusé de prendre en compte des éléments de preuve issus d'un vol, quand bien même ils avaient été transmis à l'administration fiscale par un procureur de la République et avaient servi à justifier la demande présentée au juge des libertés et de la détention (Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-13.097, *Bull.* 2012, IV, n° 22).

Cette position doit être mise en perspective avec la jurisprudence du Conseil d'État qui décide que si, dans le cadre de l'instance pénale, une annulation est prononcée, cette annulation est sans incidence quant à l'utilisation des pièces par l'administration dès lors qu'elles sont obtenues dans le cadre du droit de communication (CE, 6 décembre 1995, n° 126826 ; CE, 6 octobre 1999, n° 126827) et se rapproche de celle prise par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 7 janvier 2011, laquelle, au visa des articles 9 du code de procédure civile, 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, ensemble du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, a posé le principe de l'irrecevabilité de toute preuve obtenue au moyen d'un procédé déloyal, sauf en matière pénale (Ass. plén., 7 janvier 2011, pourvois n° 09-14.667 et n° 09-14.316, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 1).

Toujours en matière fiscale, la chambre commerciale s'attache à vérifier la loyauté des débats relativement aux notifications de rectifications en imposant à l'administration de notifier les actes de la procédure les concernant, en cours de procédure, à l'ensemble des personnes qui peuvent être poursuivies (Com., 18 novembre 2008, pourvoi n° 07-19.762, *Bull.* 2008, IV, n° 195), quand bien même l'administration peut valablement choisir de notifier les redressements à l'un seulement des redevables solidaires de la dette fiscale.

Enfin, l'administration a l'obligation de communiquer l'ensemble des documents fondant le redressement qu'elle a utilisés pour établir l'imposition (Com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-14.806, *Bull.* 2009, IV, n° 75 ; Com., 3 juillet 2001, pourvoi n° 98-19.034, *Bull.* 2001, IV, n° 130) et, lorsqu'elle a usé de son droit de communication auprès des autorités judiciaires en application de l'article L. 76 B du livre des procédures fiscales, elle a maintenant l'obligation de communiquer au contribuable, y compris lorsqu'il est incarcéré, dans leur intégralité, les documents fondant les redressements qu'elle a utilisés pour établir l'imposition, y compris s'ils portent sur la situation d'un tiers (Com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-14.806, *Bull.* 2009, IV, n° 75 : hypothèse où a été validée la communication de l'intégralité d'un rapport d'expertise ordonnée dans une information pénale ouverte contre une société en participation dirigée par le contribuable, obtenu par le biais de l'exercice de son droit de communication en application des articles L. 82 C et L. 101 du livre des procédures fiscales, cet arrêt revenant sur la pratique antérieure consacrée par l'arrêt de la chambre commerciale du 6 octobre 1998 (pourvoi n° 96-20.306, *Bull.* 1998, IV, n° 231), en vertu de laquelle il avait été jugé que l'administration des impôts avait l'obligation de communiquer au contribuable redressé, sur la demande de ce dernier, les documents fondant le redressement et dont, n'en étant ni l'auteur ni le destinataire, il n'avait pas connaissance – voir, sur ce point, M. Betch, *Le Juge judiciaire et l'impôt*, Litec, 2010).

2. Encadrement de la production des preuves

Dans ces hypothèses, ce n'est pas l'obtention de la preuve qui fait l'objet de dispositions particulières, mais sa production lors du litige. Des dispositions particulières régissent à cet égard l'offre de preuve de la vérité d'un fait diffamatoire (a) et la recevabilité des preuves tirées d'un dossier pénal (b).

a. Vérité du fait diffamatoire

Si la loi du 29 juillet 1881 a entendu garantir la liberté de la presse et, à travers elle, la liberté d'expression consacrée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en lui conférant un cadre juridique aujourd'hui encore en vigueur, elle lui a aussi apporté de nécessaires limites, d'ailleurs depuis expressément envisagées par l'article 10 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux termes duquel « l'exercice de [la liberté d'expression] comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

La diffamation constitue l'une de ces limites, tenant à la nécessité de protéger les intérêts de la personne atteinte dans son honneur et sa considération.

De tels intérêts cèdent parfois devant le droit de savoir du public (voir, en ce sens, *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2010, p. 282 et s.), implicitement reconnu au travers des faits justificatifs propres à la diffamation que sont, d'une part, la bonne foi (voir, sur ce point, partie 2, titre 1, chapitre 2, section 3, § 2) et, d'autre part, l'exception de vérité, prévue par l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

L'offre de preuve de la vérité des faits diffamatoires est cependant soumise à des règles procédurales qui l'encadrent de manière stricte, puisque l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881 dispose :

« Quand le prévenu voudra être admis à prouver la vérité des faits diffamatoires, conformément aux dispositions de l'article 35 de la présente loi, il devra, dans le délai de dix jours après la signification de la citation, faire signifier au ministère public ou au plaignant au domicile par lui élu, suivant qu'il est assigné à la requête de l'un ou de l'autre :
1° Les faits articulés et qualifiés dans la citation, desquels il entend prouver la vérité ;
2° La copie des pièces ;
3° Les noms, professions et demeures des témoins par lesquels il entend faire la preuve.

Cette signification contiendra élection de domicile près le tribunal correctionnel, le tout à peine d'être déchu du droit de faire la preuve. »

Ce texte a été jugé applicable devant les juridictions civiles (2e Civ., 22 juin 1994, pourvoi no 92-19.460, *Bull.* 1994, II, no 164 ; 14 janvier 1999, pourvoi 97-10.454, *Bull.* 1999, II, no 8).

Or les formalités et délais qu'il prévoit sont d'ordre public et doivent être observés à peine de déchéance, laquelle doit être relevée d'office par le juge et peut être invoquée en tout état de cause (Crim., 24 septembre 2002, pourvoi n° 01-86.181, *Bull. crim.* 2002, n° 173 ; 1re Civ., 21 juin 2005, pourvoi n° 04-14.104, *Bull.* 2005, I, n° 273).

Ainsi, faute de procéder, dans le délai imparti, à la signification prévue par l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881, la preuve de la vérité des faits diffamatoires est irrecevable (1re Civ., 16 mai 2006, pourvoi n° 04-16.068, *Bull.* 2006, I, n° 245).

Certains ont cependant pensé que cette solution, qui contribue au rapprochement du procès civil et du procès pénal en matière de droit de la presse, pourrait être remise en cause à la suite des arrêts rendus par la première chambre civile les 24 septembre 2009 et 8 avril 2010 (pourvoi n° 08-17.315, *Bull.* 2009, I, n° 180 et pourvoi n° 09-14.399, *Bull.* 2010, I, n° 87 ; C. Bigot, « La Cour de cassation remet en cause l'uniformisation des procédures civile et pénale en matière de presse », *D.* 2010, p. 1673), relatifs à l'application de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881, le premier d'entre eux étant évoqué en ces termes dans le *Rapport annuel* 2009 (p. 430) : « Une telle décision qui donne un sens à la dépénalisation et à la différence entre les juridictions civile et pénale constitue un revirement de jurisprudence, mais démontre que la loi s'applique dans la nuance et pour les circonstances pour lesquelles elle est faite. La défense de la liberté d'expression passe par l'accès au juge qui doit être facilité, car c'est devant lui qu'a lieu le vrai débat. »

Tel n'a pas été le cas, puisque, par arrêt du 17 mars 2011 (pourvoi n° 10-11.784, *Bull.* 2011, I, n° 58, *D.* 2011, note p. 951, S. Lavric), la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé qu'une cour d'appel qui, pour rejeter l'action en diffamation engagée à l'encontre d'un syndicat, s'était bornée à énoncer que la vérité des faits allégués était corroborée par une attestation, sans rechercher si le syndicat avait respecté le délai de dix jours après la signification de la citation pour faire l'offre de preuve de la vérité des faits imputés au demandeur, avait privé sa décision de base légale au regard des articles 35 et 55 de la loi du 29 juillet 1881.

Les dispositions d'ordre public de l'article 55 de la loi sur la liberté de la presse trouvent donc à s'appliquer tant devant les juridictions civiles que devant les juridictions pénales, et constituent un premier obstacle, de nature procédurale, à surmonter, pour apporter la preuve de la vérité des faits diffamatoires.

De surcroît, la possibilité même de faire cette preuve est soumise à certaines conditions.

Certes, la preuve de la vérité des faits diffamatoires – qui, selon la formule consacrée par la jurisprudence, doit, pour produire l'effet absolutoire, être « parfaite, complète et corrélative aux imputations diffamatoires dans toute leur portée » (Crim., 14 juin 2000, pourvoi n° 99-85.528, *Bull. crim.* 2000, n° 225) – peut être rapportée par tous moyens, y compris par « des éléments provenant d'une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction ou de tout autre secret professionnel » (article 35, dernier alinéa, de la loi du 29 juillet 1881, dans sa rédaction issue de la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes).

Ainsi la première chambre civile de la Cour de cassation a-t-elle jugé mal fondé le moyen qui soutenait que la preuve de l'exception de vérité ne pouvait résulter que d'éléments de preuve antérieurs à la publication des propos diffamatoires, approuvant au contraire les juges du fond de s'être référés à des faits antérieurs à la diffusion litigieuse,

faits dont la preuve pouvait être apportée par tous éléments, même postérieurs à la publication des propos diffamatoires (1re Civ., 25 février 2010, pourvoi no 09-12.641).

Mais l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 exclut une telle offre de preuve lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne (article 35, a) – à moins que les faits ne soient prévus et réprimés par les articles 222-23 à 222-32 et 227-22 à 227-27 du code pénal et qu'ils aient été commis contre un mineur – et lorsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision (article 35, c).

Ce texte prévoyait en outre, en son cinquième alinéa (article 35, b), que l'exception de vérité ne pouvait être admise lorsque l'imputation se référait à des faits remontant à plus de dix ans. Cette limitation, instituée par l'ordonnance du 6 mai 1944 relative à la répression des délits de presse, s'expliquait à cette date par un objectif d'intérêt général de recherche de la paix sociale.

Très critiquée par la doctrine, en raison notamment de la minoration du contrôle démocratique qu'elle était de nature à provoquer (voir, par exemple, G. Levasseur, « Réflexions sur l'*exceptio veritatis* », *in Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Litec, 1990, p. 111 et s.), cette limitation a été jugée contraire à l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt Mamère c. France du 7 novembre 2006 (no 12697/03). Elle a en effet condamné sans ambiguïté cette disposition après avoir rappelé « que les personnes poursuivies à raison de propos qu'elles ont tenus sur un sujet d'intérêt général doivent pouvoir s'exonérer de leur responsabilité en établissant leur bonne foi et, s'agissant d'assertions de faits, en prouvant la véracité de ceux-ci […] » (point 23), en énonçant qu'elle « perçoit, certes, d'un point de vue général, la logique d'une limite temporelle de cette nature, dans la mesure où, plus les allégations portent sur des circonstances anciennes, plus il est difficile d'évaluer leur véracité », mais que « cependant, lorsqu'il s'agit d'événements qui s'inscrivent dans l'Histoire ou qui relèvent de la science, il peut au contraire sembler qu'au fil du temps le débat se nourrit de nouvelles données susceptibles de permettre une meilleure compréhension de la réalité des choses » (point 24).

C'est dans ce contexte que, par une décision no 2011-131 QPC du 20 mai 2011, le Conseil constitutionnel, saisi par la chambre criminelle de la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du cinquième alinéa de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, a déclaré cette disposition contraire à la Constitution, considérant que « cette interdiction vise sans distinction, dès lors qu'ils se réfèrent à des faits qui remontent à plus de dix ans, tous les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général » et que, « par son caractère général et absolu, [elle] porte à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi », méconnaissant ainsi l'article 11 de la Déclaration de 1789.

La preuve de la vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans est donc désormais admise.

Il n'en demeure pas moins que l'exception de vérité est strictement encadrée et que, comme il a été souligné dans le *Rapport annuel* de la Cour de cassation 2004 (S. Menotti, « La preuve de la vérité du fait diffamatoire », p. 91), « il s'agit d'un parcours semé d'embûches expliquant sans doute que ce moyen de défense n'est couronné de succès que dans un nombre extrêmement réduit de cas ». Reste cependant l'autre fait justificatif propre à la diffamation, d'origine prétorienne : la bonne foi, qui peut être admise « alors même que serait irrecevable la preuve de la vérité des faits diffamatoires » (2e Civ., 29 juin 1988, pourvoi no 87-10.463, *Bull.* 1988, II, no 160).

b. Pièces d'un dossier pénal

Il est possible de prouver en produisant les pièces d'un dossier pénal, mais à condition que celles-ci aient été obtenues conformément à la loi. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'aucun texte n'interdisait à une personne qui s'est constituée partie civile dans une instance pénale et qui n'est pas tenue au respect du secret de l'instruction de produire dans un procès civil ultérieur les procès-verbaux qui lui ont été délivrés en sa qualité de partie civile et qui sont présumés avoir été obtenus régulièrement (Soc., 6 juillet 1994, pourvoi no 90-43.640, *Bull.* 1994, V, no 227 ; 2e Civ., 22 octobre 2009, *Bull.* 2009, II, no 253). En revanche, la jurisprudence retient qu'en application des articles R. 155 et R. 156 du code de procédure pénale, un tiers à une procédure pénale en cours ou terminée ne peut obtenir la délivrance de pièces extraites de ladite procédure qu'avec l'autorisation du procureur de la République. Dès lors, un plaideur qui produit de telles pièces sans justifier de l'autorisation requise s'expose à ce qu'elles soient écartées des débats (2e Civ., 20 décembre 2007, pourvoi no 07-12.281 ; 2e Civ., 9 avril 2009, pourvoi no 08-12.574, *Bull.* 2009, II, no 96).

B. Exception à l'exigence

Autant la chambre criminelle fixe des limites fermes au principe de la liberté des preuves lorsque la preuve est constituée et produite par un agent de l'autorité publique, autant les limites sont flexibles ou faibles lorsque la preuve est produite par une partie privée.

Lorsque la preuve est constituée par un particulier, le principe est, en effet, celui de l'admission des moyens de preuve illicites ou illégaux. Selon une formule maintes fois répétée, « aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale. Il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante ». Se fondant sur cette disposition, aux termes de laquelle, hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve, la chambre criminelle a notamment admis comme mode de preuve la production par la partie civile poursuivante d'une correspondance confidentielle qui lui avait été communiquée de manière anonyme (Crim., 15 juin 1993, pourvoi no 92-82.509, *Bull. crim.* 1993, no 210), la production par la partie civile d'un film montrant un salarié volant dans la caisse, dans des poursuites pour abus de confiance (Crim., 6 avril 1994, pourvoi no 93-82.717, *Bull. crim.* 1994, no 136) et l'opération de « *testing* » dans des poursuites du chef de discrimination en raison de la race ou de l'ethnie (Crim., 11 juin 2002, pourvoi no 01-85.559, *Bull. crim.* 2002, no 131). Elle a, par ailleurs, jugé que pouvait être admis comme mode de preuve

l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, dès lors qu'il était justifié par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont l'auteur de l'enregistrement était victime (Crim., 31 janvier 2007, pourvoi n° 06-82.383, *Bull. crim.* 2007, n° 27). Dans le droit fil de cette jurisprudence, elle a approuvé une cour d'appel d'avoir refusé d'écarter des débats des pièces qui auraient été obtenues frauduleusement par un salarié, remises aux gendarmes au moment où il était allé dénoncer aux services de gendarmerie les agissements de son employeur (Crim., 27 janvier 2010, pourvoi n° 09-83.395, *Bull. crim.* 2010, n° 16).

Au stade de l'instruction, la chambre criminelle admet que le juge d'instruction verse au dossier des enregistrements de conversations privées, réalisés par un particulier à l'insu de la personne concernée, dès lors qu'ils ne sont pas en eux-mêmes des actes ou pièces de l'information au sens de l'article 170 du code de procédure pénale et comme tels susceptibles d'être annulés et qu'ils ne procèdent d'aucune intervention, directe ou indirecte d'une autorité publique. Il en va de même de leur transcription, qui a pour seul objet d'en matérialiser le contenu (Crim., 6 avril 1993, pourvoi n° 93-80.184 ; Crim., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-85.464, *Bull. crim.* 2012, n° 27 ; Crim., 7 mars 2012, pourvoi n° 11-88.118, *Bull. crim.* 2012, n° 64). Il en est également ainsi des enregistrements, réalisés dans des conditions identiques, de propos tenus entre un avocat et son client, ainsi que de leur transcription, lesquels échappent, en outre, aux prévisions de l'article 100-5 du code de procédure pénale relatif aux seules interceptions de correspondances ordonnées par une autorité publique, comme de l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 concernant les documents couverts par le secret professionnel de l'avocat (Crim., 31 janvier 2012, précité).

Si la chambre criminelle admet que les particuliers versent aux débats des moyens de preuve illicites ou déloyaux, elle a eu l'occasion de fixer certaines limites au principe de la liberté de la preuve.

En particulier, elle a souligné à plusieurs reprises que lorsque les particuliers agissent en concertation avec les agents de l'autorité publique, qu'ils agissent sur leurs instructions, ou avec leur concours, les actes accomplis doivent respecter les exigences de légalité et de loyauté. On peut citer à cet égard un arrêt rendu par la chambre criminelle dans une affaire dans laquelle un particulier s'était connecté sur internet à la demande de policiers, s'était fait passer pour un adolescent de quatorze ans et avait incité une personne à lui transmettre des images de mineurs à caractère pornographique. La chambre criminelle a jugé que « porte atteinte au principe de la loyauté des preuves et au droit à un procès équitable, la provocation à la commission d'une infraction par un agent de l'autorité publique ou par son intermédiaire ; que la déloyauté d'un tel procédé rend irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus » (Crim., 11 mai 2006, pourvoi n° 05-84.837, *Bull. crim.* 2006, n° 132). À la suite de cet arrêt, le législateur a légalisé certains actes d'infiltration dans le domaine de la cybercriminalité (article 706-47-3 du code de procédure pénale, issu de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007).

La chambre criminelle n'admet donc pas les preuves illicites lorsque les particuliers agissent en concertation avec les agents de l'autorité publique.

Par ailleurs, si la chambre criminelle admet la recevabilité de la preuve obtenue par un moyen illicite, c'est à la condition qu'elle ne porte pas atteinte aux droits de la défense. Elle vérifie ainsi que la pièce produite par les parties a été soumise à un débat contradictoire.

§ 2. Contrôle particulier des dispositifs de surveillance

Si la surveillance d'autrui est admise comme mode de preuve, ce n'est que dans les limites d'un cadre strictement délimité afin d'assurer le respect des libertés individuelles (A). Dans les relations particulières qu'implique un contrat de travail, l'employeur, du fait même de la nature de ce lien contractuel, dispose sur un autre individu d'un pouvoir de direction. Ce pouvoir de direction emporte celui de surveiller le salarié, mais dans des conditions qui doivent là encore assurer la protection des libertés de ce dernier (B).

A. Surveillance d'autrui

Le contrôle judiciaire de la surveillance s'exerce sur la surveillance humaine (1) et technologique (2).

1. Surveillance humaine

a. Détective privé

Les juridictions peuvent être réticentes à admettre un rapport d'enquête privé établi par un détective, d'une part, en raison de l'atteinte à la vie privée que des investigations trop intrusives peuvent susciter, d'autre part, à cause du caractère unilatéral de la démarche financée par l'une des parties.

Toutefois, dans un arrêt du 18 mai 2005 (1re Civ., 18 mai 2005, pourvoi no 04-13.745, *Bull.* 2005, I, no 213), la première chambre civile de la Cour de cassation admet qu'une enquête privée puisse être considérée comme un mode de preuve des relations injurieuses pour le mari entretenues par sa femme envers un tiers. Elle a ainsi jugé qu'une cour d'appel qui « retient, […] après avoir souverainement apprécié les éléments de preuve fournis, que les relations injurieuses pour le mari entretenues par l'épouse avec un tiers sont établies par des courriels et par un rapport d'enquête privé [nous soulignons], en a justement déduit, en l'absence de preuve de violence ou de fraude, que […] des violations graves et renouvelées des obligations du mariage étaient démontrées ».

L'enquête privée ne sert pas de seul fondement à la faute retenue par les juges du fond, elle s'inscrit dans un faisceau d'éléments qui vont fonder leur conviction. Mais, ce qu'il convient de retenir, c'est que le recours à ce mode de preuve n'est pas interdit.

Dans un arrêt du 3 juin 2004 (pourvoi no 02-19.886, *Bull.* 2004, II, no 273) la deuxième chambre civile a, au visa de l'article 9 du code civil et du respect de la vie privée, écarté le rapport établi par un détective venant étayer une demande de suppression de prestation compensatoire. La deuxième chambre a jugé que dès lors qu'il est établi qu'une personne « avait été épiée, surveillée et suivie pendant plusieurs mois, ce dont il résulte que cette immixtion dans sa vie privée [par un détective privé auquel avait été confiée la recherche d'éléments de train de vie susceptibles d'appuyer la demande en suppression de prestation compensatoire de l'ex-époux] était disproportionnée par rapport au but poursuivi, le tribunal a violé [l'article 9 du code civil] ».

Le mode de preuve lui-même, à savoir le recours à un détective, n'a pas été sanctionné en tant que tel. Dans un contrôle de proportionnalité proche de celui auquel procède la Cour européenne des droits de l'homme, la deuxième chambre a mis en cause la durée et la lourdeur des investigations.

Ces deux décisions ne sont donc pas incompatibles. Aussi, un rapport d'enquête privé peut être versé au soutien d'une demande en divorce pour faute et venir s'insérer en complément d'autres éléments probatoires sans être, *ab initio*, rejeté en raison de sa nature même.

Dans un arrêt du 28 février 2006 (pourvoi n° 05-14.288), la première chambre civile a jugé « qu'ayant retenu que les faits d'adultère de M. X… étaient démontrés tant par les rapports de détective privé que par l'attestation de Mme Z…, l'existence d'un compte commun ouvert au nom de M. X… et de Mme A… et la domiciliation de cette dernière chez celui-ci, la cour qui n'était pas tenue de s'expliquer sur les éléments de preuve qu'elle décidait d'écarter, ni de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a, en prononçant le divorce aux torts partagés, nécessairement estimé que ces faits d'adultère n'étaient pas excusés par l'adultère de Mme Y… ».

La Cour a confirmé la position retenue dans son arrêt du 18 mai 2005 précité, le rapport d'un détective privé est un mode de preuve admissible dans une procédure de divorce ; il constitue un élément probatoire qui s'inscrit dans l'ensemble de ceux qui sont souverainement appréciés par les juges du fond.

b. Interception des correspondances

Pour la Cour européenne, l'interception des correspondances s'analyse en une ingérence d'une autorité publique qui méconnaît l'article 8 de la Convention sauf si, prévue par la loi, elle est nécessaire à la poursuite d'un ou plusieurs des buts légitimes énoncés.

Dès 1978, elle a ainsi énoncé que « quel que soit le système de surveillance retenu, la Cour doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus. Cette appréciation ne revêt qu'un caractère relatif : elle dépend […] [entre autres, du] type de recours fourni par le droit interne » (§ 50). « Par conséquent, il y a lieu de rechercher si les procédures destinées au contrôle de l'adoption et de l'application des mesures restrictives sont aptes à limiter à ce qui est "nécessaire dans une société démocratique" "l'ingérence" résultant de la législation incriminée » (§ 54) (CEDH, 6 septembre 1978, Klass et autres c. Allemagne, requête n° 5029/71).

Saisie de la question de savoir si le droit interne du Royaume-Uni présentait des normes juridiques accessibles et des garanties suffisantes, la Cour a considéré que le droit anglais et gallois en matière d'interceptions était obscur, peu accessible et qu'il existait un risque d'abus ; elle a ainsi condamné le Royaume-Uni pour violation de l'article 8 (CEDH, 16 mai 1983, Malone c. Royaume-Uni, requête n° 8691/79).

Quelques années plus tard, la France a également fait l'objet d'une condamnation en raison de l'absence d'une législation spécifique applicable aux interceptions de correspondances (CEDH, 24 avril 1990, Krüslin c. France, requête n° 11801/85), ce qui a conduit à l'adoption, d'une part de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques, dont les dispositions ont été insérées dans les articles 100 et suivants du code de procédure pénale, d'autre part à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 relative aux adaptations de la justice aux évolutions de la criminalité, posant un régime spécial en matière de criminalité organisée.

2. Surveillance technologique

a. Enregistrements

La diffusion aujourd'hui pratiquement universelle des moyens d'enregistrement, audio ou vidéo, a accompagné la démocratisation des téléphones portables multifonction. Désormais, chacun peut disposer de moyens modernes, efficaces et discrets de procéder à un enregistrement des faits et gestes d'autrui. La tentation est grande d'utiliser en justice les éléments de preuve ainsi recueillis. Mais les conditions de la captation de ces sons ou de ces images ne sont pas sans menacer le respect des droits d'autrui, de la vie privée, de secrets légalement protégés. La Cour de cassation a été amenée à se pencher sur les questions que soulève l'utilisation de ces technologies.

α. Retranscription de propos captés à l'insu des intéressés

La loyauté dans l'administration de la preuve trouve son fondement, en matière civile, dans l'article 9 du code de procédure civile, aux termes duquel « il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention », ainsi que dans l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui consacre le droit à un procès équitable.

C'est au visa de ces dispositions que les chambres civiles, commerciale et sociale de la Cour de cassation ont jugé que l'enregistrement de conversations téléphoniques ou les enregistrements vidéo réalisés à l'insu des personnes enregistrées constituent un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue (voir, notamment, en ce sens : 2e Civ., 7 octobre 2004, pourvoi no 03-12.653, *Bull.* 2004, II, no 447 ; Com., 3 juin 2008, pourvoi no 07-17.147, *Bull.* 2008, IV, no 112 ; Soc., 23 mai 2007, pourvoi no 06-43.209, *Bull.* 2007, V, no 85).

Cette solution a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation statuant en assemblée plénière du 7 janvier 2011 (pourvoi no 09-14.667, *Bull.* 2011, Ass. plén., no 1) qui, après avoir retenu que, « sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence », décide qu'il résulte des articles 9 du code de procédure civile, 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, que « l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ».

La question de l'admissibilité de tels éléments de preuve reçoit cependant un traitement différent en matière pénale, lorsqu'ils sont constitués et produits par un particulier. En effet, se fondant sur l'article 427 du code de procédure pénale, qui prévoit que « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction » et que « le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui », la chambre criminelle décide, de manière constante, « qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale. Il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante » (Crim.,

7 mars 2012, pourvoi n° 11-88.118, *Bull. crim*. 2012, n° 64). Au stade de l'instruction, la chambre criminelle admet que le juge d'instruction verse au dossier des enregistrements de conversations privées, réalisées par un particulier à l'insu de la personne concernée, dès lors qu'ils ne sont pas en eux-mêmes des actes ou pièces de l'information au sens de l'article 170 du code de procédure pénale et comme tels susceptibles d'être annulés et qu'ils ne procèdent d'aucune intervention, directe ou indirecte d'une autorité publique. Il en va de même de leur transcription, qui a pour seul objet d'en matérialiser le contenu (Crim., 6 avril 1993, pourvoi n° 93-80.184 ; Crim., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-85.464, *Bull. crim*. 2012, n° 27 ; Crim., 7 mars 2012, pourvoi n° 11-88.118, *Bull. crim*. 2012, n° 64).

Elle a néanmoins semblé avoir amorcé, en 2007, un infléchissement de sa jurisprudence (voir, en ce sens, P. Conte, « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Dr. pén*. n° 4, avril 2009, étude 8) en subordonnant la validation de la prise en compte d'un enregistrement téléphonique obtenu à l'insu de l'auteur des propos enregistrés à la circonstance que « l'enregistrement de la conversation téléphonique privée, réalisé par M. X., était justifié par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont il était victime et de répondre, pour les besoins de sa défense, aux accusations de violences qui lui étaient imputées » (Crim., 31 janvier 2007, pourvoi n° 06-82.383, *Bull. crim*. 2007, n° 27). De la même manière, par un arrêt du 19 janvier 2010 (pourvoi n° 09-84.408, *Bull. crim*. 2010, n° 12), rendu en matière de presse, elle a jugé que « le droit à un procès équitable et la liberté d'expression justifient que la personne poursuivie du chef de diffamation soit admise à produire, pour les besoins de sa défense, les pièces de nature à établir la vérité des faits ou sa bonne foi, sans qu'elles puissent être écartées des débats au motif qu'elles auraient été obtenues par des moyens illicites ou déloyaux ».

Ses arrêts les plus récents ne font toutefois plus référence, pour admettre ces éléments de preuve, à la possibilité de se défendre contre une accusation, mais seulement, comme précédemment, au principe de la contradiction (Crim., 27 janvier 2010, pourvoi n° 09-83.395, *Bull. crim*. 2010, n° 16 ; 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-85.464, *Bull. crim*. 2012, n° 27).

Les enregistrements de conversations privées réalisés à l'insu des personnes concernées par un particulier, certes recevables à titre de preuve en matière pénale, sont néanmoins susceptibles de constituer une atteinte à la vie privée et d'être incriminés sur le fondement des articles 226-1 et 226-2 du code pénal qui répriment, pour le premier, le fait, au moyen d'un procédé quelconque, de volontairement porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui en captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ou en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé et, pour le second, le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1.

La question s'est cependant posée de savoir si, en pareille hypothèse, l'infraction est constituée dès lors que son auteur a utilisé des techniques d'enregistrement des propos ou de l'image d'une personne dans les conditions définies par ces textes, ou bien s'il est nécessaire, en outre, de rapporter la preuve d'une atteinte effective à l'intimité de la vie privée.

La chambre criminelle a clairement opté pour la première interprétation dans un arrêt du 30 septembre 2008 (pourvoi n° 07-82.249, *Bull. crim.* 2008, n° 197) dont il résulte que justifient leur décision les juges du fond qui, pour dire établi en tous ses éléments, y compris l'élément intentionnel, le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée prévu par l'ancien article 368 du code pénal, devenu l'article 226-1 du même code, retiennent que les interceptions pratiquées de façon clandestine et irrégulière sur les lignes téléphoniques du domicile ou du local professionnel des parties civiles, ont, par leur conception, leur objet et leur durée, nécessairement conduit les auteurs desdites écoutes à pénétrer dans l'intimité de la vie privée des personnes concernées et de leurs interlocuteurs ; dans un arrêt du 16 février 2010 (pourvoi n° 09-81.492, *Bull. crim.* 2010, n° 25), elle précise que selon l'article 226-1, alinéa 2, du code pénal : « constitue une atteinte volontaire à l'intimité de la vie privée le seul fait de fixer, enregistrer et transmettre, sans le consentement de celle-ci l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé ».

La première chambre civile a adopté une solution identique en décidant, par deux arrêts du 6 octobre 2011 (pourvoi n° 10-21.822, *Bull.* 2011, I, n° 161 ; pourvoi n° 10-21.823, *Bull.* 2011, I, n° 162), que « constitue une atteinte à l'intimité de la vie privée, que ne légitime pas l'information du public, la captation, l'enregistrement ou la transmission sans le consentement de leur auteur des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ».

Elle a donc censuré l'arrêt qui, « pour rejeter les demandes [formées par une personne en référé] tirées de l'existence d'un trouble manifestement illicite constitué par la publication d'enregistrements réalisés à son insu à son domicile de conversations privées et du dommage imminent susceptible de lui être causé, [avait énoncé, notamment] que l'article 226-2 du Code pénal prend place au chapitre VI intitulé "Des atteintes à la personnalité" et à la première section de ce chapitre qui traite exclusivement "De l'atteinte à la vie privée" et que, sauf à se méprendre sur la portée de ces dispositions qui, définissant une infraction pénale, ne peuvent qu'être strictement interprétées, l'article 226-2 n'englobe pas dans sa prévention tout enregistrement de propos effectués sans le consentement de l'auteur qui les a tenus, mais uniquement ceux qui "portent atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui" ».

Cette interprétation convergente des articles 226-1 et 226-2 du code pénal est incontestablement de nature à renforcer la protection pénale et civile des droits de la personnalité.

β. Enregistrements clandestins dans le droit de la concurrence

Le droit de la concurrence a donné l'occasion à la Cour de cassation de se prononcer à deux reprises sur la loyauté de preuves résultant d'enregistrements de communications téléphoniques réalisés à l'insu des intéressés. Dans la même affaire, par un premier arrêt du 3 juin 2008 (pourvoi n° 07-17.147, *Bull.* 2008, IV, n° 112), la chambre commerciale a jugé, au visa de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que ces enregistrements ne pouvaient être utilisés à titre de preuve. Puis, à la suite de la résistance de la cour d'appel de renvoi, l'assemblée plénière de la Cour est venue, par un nouvel arrêt du 7 janvier 2011 (pourvoi n° 09-14.667, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 1), à la fois confirmer et affiner la solution déjà retenue par la chambre commerciale.

La difficulté résidait dans l'autonomie de la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence, investie de la mission de veiller à la régulation de la libre concurrence sur les marchés. On sait que cette procédure se décompose en deux temps :
– devant le Conseil de la concurrence, elle comprend l'instruction par le rapporteur et le jugement ; elle bénéficie de la garantie du principe de la contradiction prévu et organisé par des textes ; en effet, la procédure suivie devant lui est réglementée sous le chapitre III par les articles R. 463-1 et R. 463-16, les décisions et les voies de recours étant régies par les articles R. 464-1 et R. 461-31 du code de commerce ;
– en revanche, la phase qui précède, c'est-à-dire l'enquête administrative destinée à rassembler les preuves et identifier les auteurs, n'est soumise par aucun texte au principe de la contradiction ; c'est donc de façon prétorienne que l'obligation du contradictoire et de loyauté à l'égard des personnes entendues avait été étendue aux enquêteurs ; en effet, dès 1994, la cour d'appel de Paris (arrêt du 8 avril 1994, Hyperrallye, recours contre la décision n° 93-D-24 du Conseil de la concurrence), sur le fondement de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a jugé que l'enquête menée par les inspecteurs de la direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes (DGCCRF), non soumise aux exigences du principe de la contradiction, ne « peut conduire les personnes entendues à faire, dans l'ignorance de l'objet de l'enquête, des déclarations sur la portée desquelles elles pourraient se méprendre et qui seraient ensuite utilisées contre elles ; qu'une telle conséquence, laquelle s'oppose à l'obligation de loyauté qui doit présider à la recherche des preuves, serait au demeurant incompatible avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui garantit le droit de toute personne à ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable ».

À l'exception de l'article L. 462-8 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, et des ordonnances n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 et n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, aucun texte ne réglemente le régime de la preuve en cette matière. Le Conseil a donc dès l'origine utilisé la technique du faisceau d'indices pour établir la preuve des faits qualifiés puis sanctionnés par lui (en ce sens, voir Com., 8 décembre 1992, pourvoi n° 90-20.258, *Bull.* 1992, IV, n° 404 ; Com., 12 janvier 1993, pourvoi n° 91.11-533, *Bull.* 1993, IV, n° 8 ; Com., 25 avril 2001, pourvoi n° 99-11.667).

Les dispositions régissant sa procédure se sont avérées rapidement lacunaires, et le Conseil, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, s'est inspiré de principes énoncés dans le cadre de procédures proches de la sienne, tantôt de procédure pénale, en raison du caractère punitif des décisions qu'il prononce, de sa mission de protection de l'ordre public économique, et de l'efficacité exigée en la matière, tantôt de procédure civile.

Ainsi des règles processuelles pénales, comme celles de la prescription (théorie des infractions continues, définition des actes interruptifs : Com., 6 mars 2007, pourvoi n° 06-13.534, *Bull.* 2007, IV, n° 77) ou encore de la non-rétroactivité de la loi plus sévère (Conseil de la concurrence, 28 juillet 2005, décision n° 05-D-49 ; Conseil de la concurrence, 6 décembre 2006, décision n° 06-D-36), ou encore le principe *non bis in idem* (Com., 23 octobre 2007, pourvoi n° 06-17.852) ont fait l'objet d'applications.

Les autorités de contrôle du Conseil de la concurrence se sont également référées à des principes découlant de dispositions du code de procédure civile. Comme le

rappelle Chantal Momège (*Concurrences* n° 1-2006, p. 187), le Conseil de la concurrence n'étant pas une juridiction pénale, il est difficile de transposer purement et simplement les solutions du droit pénal. Elle ajoute que le Conseil exerce aussi un rôle correctif et ne dispose pas du principe d'opportunité des poursuites, ce qui le rapproche d'une juridiction civile ou commerciale. Enfin, cet auteur expose qu'il est choquant que la partie saisissante puisse utiliser, devant le Conseil, des moyens qu'elle ne peut utiliser devant le juge de droit commun devant lequel elle peut ensuite aller demander des dommages-intérêts.

La question se posait donc de savoir si les parties elles-mêmes, dont celles qui saisissent le Conseil de la concurrence, ne devaient pas être soumises à la même obligation de loyauté que celle qui pèse sur les enquêteurs, et plus généralement, dans le silence des textes, de savoir de quelle procédure, procédure pénale ou procédure civile, les règles gouvernant l'admissibilité de ces enregistrements devaient être issues.

En effet, contrairement à la chambre criminelle qui fait application d'autres textes et principes, les chambres civiles, commerciale et sociale de la Cour de cassation rejettent les enregistrements de conversations téléphoniques ou les enregistrements vidéo faits à l'insu de l'un des interlocuteurs en raison de leur caractère déloyal (voir, en ce sens, notamment, 2e Civ., 3 juin 2004, pourvoi n° 02-19.886, *Bull.* 2004, II, n° 273 [espionnage par un détective privé] ; 2e Civ., 7 octobre 2004, pourvoi n° 03-12.653, *Bull.* 2004, II, n° 447 [enregistrement d'une conversation téléphonique] ; Com., 25 février 2003, pourvoi n° 01-02.913 [*idem*] ; Soc., 20 novembre 1991, pourvoi n° 88-43.120, *Bull.* 1991, V, n° 519 [s'agissant d'un enregistrement de paroles et d'images]).

Si l'étude comparative menée par le rapporteur de l'arrêt de l'assemblée plénière du 7 janvier 2011 précité établissait que les juridictions étrangères retiennent des solutions variées, la Cour de cassation disposait tout de même de quelques éléments d'importance.

Ainsi, en droit communautaire, la Commission européenne, dans une décision du 26 octobre 1999, a écarté des enregistrements et transcriptions de conversations téléphoniques qui avaient été réalisés à l'insu d'entreprises concernées par une enquête (Décision 2000/117/CE de la Commission du 26 octobre 1999, *JO L* 39 du 14 février 2000, p. 1-28).

Se fondant sur l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la chambre commerciale, par un premier arrêt précité du 3 juin 2008, avait décidé que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constituait un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve.

Poursuivant cette jurisprudence, elle a, par deux décisions du 3 mars 2009, clairement fondé la procédure de concurrence sur les dispositions du code de procédure civile en énonçant la règle de principe suivante : « Les dispositions du code de procédure civile ne cèdent que devant les dispositions expressément contraires du code de commerce ou aménageant des modalités propres aux recours contre les décisions du Conseil de la concurrence » (Com., 3 mars 2009, pourvoi n° 08-13.767, *Bull.* 2009, IV, n° 29 et pourvoi n° 08-14.435, *Bull.* 2009, IV, n° 30 ; *Contrats, concurrence, consommation* n° 5, mai 2009, p. 36, commentaire G. Decocq).

Parachevant la jurisprudence entamée par la chambre commerciale, l'assemblée plénière, dans son arrêt du 7 janvier 2011 précité, se fondant non plus seulement sur l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

fondamentales, mais aussi sur l'article 9 du code de procédure civile et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, affirme que, « sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence ». Il en résulte logiquement que « l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ».

Comme le rappelle le commentaire de cet arrêt au *Rapport annuel* (*Rapport* 2011, p. 381), « Si les enjeux économiques et l'ordre public économique ne doivent pas être étrangers au juge, ils ne peuvent cependant le détourner de l'obligation de statuer suivant les principes fondamentaux qui fondent la légitimité de son action ».

*γ. **Enregistrements en matière pénale***

La Cour européenne, lorsqu'elle est appelée à contrôler l'admissibilité d'un moyen de preuve qui n'a pas été recueilli conformément au droit interne, tel qu'un enregistrement illégal, part du principe général en vertu duquel la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne réglemente pas l'admissibilité des preuves en tant que telle pour décider qu'elle ne saurait exclure par principe, et in abstracto, l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale et qu'il lui incombe seulement de rechercher si le procès a présenté dans l'ensemble un caractère équitable en conformité avec l'article 6 de la Convention (CEDH, 12 juillet 1988, Schenk c. Suisse, requête n° 10862/84 ; CEDH, 10 mars 2009, Bykov c. Russie, requête n° 4378/02).

S'agissant précisément des modes de preuve que constituent les opérations de sonorisation ou de fixation d'images, elle est régulièrement saisie par des requérants invoquant une violation de l'article 8 de la Convention relatif au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance.

Au regard du droit français, les officiers de police judiciaire ne peuvent jamais, quel que soit le type d'enquête (de flagrance ou préliminaire), procéder à des écoutes téléphoniques sans autorisation, le juge des libertés et de la détention en matière de criminalité organisée et le juge d'instruction ayant le monopole de la décision en la matière.

La loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure a apporté quelques modifications à ce régime en prévoyant que l'autorisation est donnée non plus pour une durée de quinze jours, mais de un mois et que le juge des libertés et de la détention est notamment informé des procès-verbaux dressés en exécution de son autorisation.

Depuis la loi du 10 juillet 1991 précitée, la Cour européenne a rendu d'autres décisions concernant la France ; elle a ainsi tout d'abord considéré que le dispositif législatif mis en place posait des règles claires et détaillées, précisant avec suffisamment de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré (CEDH, 24 août 1998, Lambert c. France, requête n° 88/1197/872/1084). Elle a en revanche estimé qu'il y avait lieu de retenir une violation de l'article 8 de la Convention dans une espèce où le requérant se plaignait du versement à son dossier pénal de la transcription d'écoutes téléphoniques réalisées dans une autre procédure pénale à laquelle il était étranger et dont il n'avait pu contester la régularité, alors que la chambre criminelle avait approuvé l'irrecevabilité de sa demande

en annulation de ces écoutes, en estimant qu'il n'avait pas bénéficié d'un « contrôle efficace » tel que voulu par la prééminence du droit et apte à limiter à ce qui était « nécessaire dans une société démocratique » l'ingérence litigieuse (CEDH, 20 mars 2005, Matheron c. France, requête n° 57752/00) (§ 43).

La Cour de cassation a rendu de très nombreuses décisions sur ce mode de preuve, énonçant notamment que « les écoutes et enregistrements téléphoniques trouvent leur base légale dans les articles 81 et 151 du Code de procédure pénale ; […] ils peuvent être effectués à l'insu des personnes intéressées, qui ne sont pas seulement celles sur qui pèsent les indices de culpabilité, s'ils sont opérés pendant une durée limitée, sur l'ordre d'un juge et sous son contrôle en vue d'établir la preuve d'un crime ou de toute autre infraction portant gravement atteinte à l'ordre public, et d'en identifier les auteurs ; […] il faut en outre que l'écoute soit obtenue sans artifice ni stratagème et que sa transcription puisse être contradictoirement discutée par les parties concernées, le tout dans le respect des droits de la défense ; […] ces prescriptions […] répondent aux exigences de l'article 8 alinéa 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont la méconnaissance serait de nature à entraîner l'annulation des actes critiqués » (Crim., 26 novembre 1990, pourvoi n° 90-84.594 ; voir aussi Crim., 5 novembre 1991, pourvoi n° 91-84.134).

Par la suite, elle a très régulièrement précisé, en matière de criminalité organisée et en droit commun, les conditions rendant licite ce mode de preuve, par exemple, en explicitant ce qu'il fallait entendre par information donnée sans délai au juge des libertés et de la détention (Crim., 23 mai 2006, pourvoi n° 06-83.241, *Bull. crim.* 2006, n° 139 ; Crim., 20 mars 2007, pourvoi n° 06-89.555 ; Crim., 26 octobre 2010, pourvoi n° 10-82.814), en rappelant la nécessité d'un contrôle effectif de l'autorité judiciaire (Crim., 26 juin 2007, pourvoi n° 07-82.625 ; Crim., 26 juin 2007, pourvoi n° 07-82.401, *Bull. crim*. 2007, n° 172) ou en indiquant que les décisions d'autorisation des interceptions de correspondances téléphoniques n'ont pas à être motivées (Crim., 27 septembre 2011, pourvoi n° 11-81.458, *Bull. crim*. 2011, n° 186).

Dans le prolongement de l'arrêt Matheron précité rendu en 2005 par la Cour européenne, la chambre criminelle a rendu un arrêt particulièrement important relatif à l'étendue du contrôle de la chambre de l'instruction sur la régularité des procédures comprenant des écoutes téléphoniques, en admettant qu'une personne est recevable à proposer des moyens de nullité pris de l'irrégularité d'actes accomplis dans une information à laquelle elle n'a pas été partie (Crim., 19 décembre 2007, pourvoi n° 07-86.885, *Bull. crim.* 2007, n° 317 ; Crim., 16 février 2011, pourvoi n° 10-82.865, *Bull. crim*. 2011, n° 29).

Il convient de signaler que le choix de recourir à de telles mesures connaît toutefois des limites, par exemple en raison du principe de la confidentialité des correspondances téléphoniques de l'avocat avec son client, principe auquel il ne peut être dérogé qu'à titre exceptionnel, s'il existe contre l'avocat des indices de participation à une infraction (Crim., 15 janvier 1997, pourvoi n° 96-83.753, *Bull. crim.* 1997, n° 14 ; Crim., 8 novembre 2000, pourvoi n° 00-83.570, *Bull. crim*. 2000, n° 335 ; Crim., 14 novembre 2001, pourvoi n° 01-85.965, *Bull. crim*. 2001, n° 238 ; Crim., 1er octobre 2003, pourvoi n° 03-82.909, *Bull. crim*. 2003, n° 177 ; Crim., 18 janvier 2006, pourvoi n° 05-86.447, *Bull. crim*. 2006, n° 22 ; Crim., 17 septembre 2008, pourvoi n° 08-85.229, *Bull. crim*. 2008, n° 191).

Les opérations de sonorisation et de fixation d'images de certains lieux ou véhicules sont soumises à des règles particulières.

La sonorisation d'un lieu privé (procédé de pose de microphones permettant d'écouter et d'enregistrer des conversations dans une pièce) et la fixation d'images (technique permettant de filmer des individus à leur insu) constituent des atteintes exceptionnelles à la liberté individuelle, à l'intimité de la vie privée et au respect du domicile. C'est la raison pour laquelle la Cour européenne se montre également extrêmement attentive au respect de leur mise en œuvre.

Elle a ainsi considéré que l'emploi d'un enregistrement audio et vidéo dans la cellule du détenu et dans la zone de visite de la prison constituait une ingérence non prévue par la loi (CEDH, 4 octobre 2000, Khan c. Royaume-Uni, requête n° 35394/97).

Elle a également conclu à la violation de l'article 8 du fait de l'utilisation d'appareils d'enregistrement vidéo et audio placés à l'insu du détenu dans sa cellule et dans la zone de visite de la prison ainsi que sur la personne d'un codétenu, faute de dispositions légales autorisant ce type de pratiques, et à la violation de l'article 6, les informations recueillies grâce à l'intervention de l'informateur pouvant passer comme ayant été obtenues contre le gré du requérant et leur utilisation ayant porté atteinte à son droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination (CEDH, 5 février 2003, Allan c. Royaume-Uni, requête n° 48539/99).

En droit interne, le législateur n'a autorisé les opérations de sonorisation et de fixation d'images qu'à des conditions et selon des formalités précisément énumérées par les articles 706-96 et suivants du code de procédure pénale, créés en matière de délinquance et de criminalité organisée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

La Cour de cassation a rendu plusieurs décisions (le plus souvent publiées) sur ces méthodes d'investigation après que la Cour européenne a estimé que de telles opérations devaient intervenir en vertu d'une loi préalable en assurant le strict respect des prescriptions légales énoncées.

Elle a ainsi indiqué que l'interception des conversations échangées entre une personne mise en examen et ses visiteurs, opérée dans les conditions et formes prévues par la loi, ne constituait pas un procédé déloyal d'obtention des preuves à l'encontre d'une tierce personne, ultérieurement mise en examen, et n'était pas de nature à porter atteinte aux droits de la défense de celle-ci, notamment lorsque cette mesure avait eu pour objet de vérifier les accusations portées à son encontre par la personne mise en examen et qu'elle avait été en mesure de contester le contenu des procès-verbaux de transcription des conversations enregistrées, régulièrement versés à la procédure (Crim., 1er mars 2006, pourvoi n° 05-87.251, *Bull. crim*. 2006, n° 59).

Elle a par exemple rappelé qu'il s'agit d'une procédure qui n'est pas applicable dans une enquête préliminaire (Crim., 21 mars 2007, pourvoi n° 06-89.444, *Bull. crim*. 2007, n° 89 ; Crim., 27 mai 2009, pourvoi n° 09-82.115, *Bull. crim*. 2009, n° 108 ; Crim., 12 mai 2010, pourvoi n° 10-80.238) et s'est prononcée sur les conditions de validité de la mesure qui, par exemple, suppose que le juge d'instruction prenne deux actes distincts, une ordonnance d'autorisation motivée puis une commission rogatoire spéciale (Crim., 13 février 2008, pourvoi n° 07-87.458, *Bull. crim*. 2008, n° 40 ; Crim., 27 février 2008, pourvoi n° 07-88.275, *Bull. crim*. 2008, n° 53) et doit comporter un

délai et respecter des conditions pour son renouvellement (Crim., 13 novembre 2008, pourvoi n° 08-85.456, *Bull. crim*. 2008, n° 230).

Elle s'est plus récemment prononcée sur les lieux susceptibles de faire l'objet d'un dispositif de sonorisation et de captation d'images en précisant, notamment, la différence existant entre « le lieu privé » et « le lieu d'habitation » (Crim., 27 mai 2009, pourvoi n° 09-82.115, *Bull. crim*. 2009, n° 108 ; Crim., 22 novembre 2011, pourvoi n° 11-84.308, *Bull. crim*. 2011, n° 234).

b. Géolocalisation en matière pénale

Par un important arrêt, la Cour européenne s'est prononcée, pour la première fois, sur la compatibilité avec les dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales d'une surveillance par GPS (système de géolocalisation par satellite) ordonnée dans le cadre d'une enquête pénale (CEDH, 2 septembre 2010, Uzun c. Allemagne, requête n° 35623/05).

Dans sa décision, la Cour a tout d'abord relevé que les autorités d'enquête avaient véritablement « pisté » les déplacements du requérant en public, ce qui l'a amenée à conclure à l'existence d'une ingérence dans la vie privée de l'intéressé, telle que protégée par l'article 8 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ayant vérifié que cette ingérence était bien « prévue par la loi » au regard des dispositions du code de procédure pénale allemand, elle a relevé que la surveillance était réalisée dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de la prévention des infractions pénales (terrorisme) et de la protection des droits des victimes, qu'elle avait seulement été ordonnée après l'échec d'autres mesures moins intrusives, et mise en œuvre pour une courte durée, ne « touchant » le requérant que lorsqu'il se déplaçait dans la voiture de son complice. Elle en a déduit que la surveillance était proportionnée aux buts légitimes poursuivis et donc « nécessaire dans une société démocratique », au sens de l'article 8 § 2.

En droit français, la mesure consistant à mettre en place, sur un véhicule automobile, un dispositif technique tendant à suivre les déplacements de celui-ci, ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique dans le code de procédure pénale, et son fondement légal paraît dès lors devoir être recherché dans les articles 81 et 151 du code de procédure pénale qui permettent au juge d'instruction d'effectuer, sur commission rogatoire, tous actes utiles à la manifestation de la vérité.

La chambre criminelle a vu dans ces dispositions une base légale suffisante pour justifier des mesures d'investigation non comprises dans la nomenclature légale, même lorsqu'elles étaient attentatoires aux droits de la personne.

Il convient de rappeler que, déjà, saisie du pourvoi formé contre la décision d'une chambre de l'instruction ayant rejeté la requête en annulation des réquisitions délivrées dans le cadre d'une enquête préliminaire à un opérateur de téléphonie relatives à la communication des informations concernant les appels reçus et adressés avec localisation des relais déclenchés, au motif que celles-ci n'avaient pas été autorisées par une ordonnance du juge des libertés et de la détention, la chambre criminelle a estimé que l'établissement du parcours d'un individu grâce aux déclenchements de relais n'était pas

de même nature que des écoutes téléphoniques, puis indiqué que la chambre de l'instruction ayant déclaré régulières lesdites réquisitions avait justifié sa décision, dès lors que ces réquisitions tendaient uniquement à la mise à disposition d'informations utiles à la manifestation de la vérité (Crim., 21 juin 2011, pourvoi n° 11-81.846).

Cependant, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne, au-delà de l'existence d'un fondement légal, il faut que la loi qui prévoit la possibilité de prendre des mesures de surveillance soit accessible et prévisible et qu'il existe des garanties adéquates et suffisantes contre les abus.

La chambre criminelle a été récemment saisie d'un pourvoi formé contre la décision d'une chambre de l'instruction ayant refusé d'annuler des mesures de géolocalisation effectuées grâce à la mise en place d'un dispositif technique placé sur un véhicule (en l'espèce, dans le cadre d'une information suivie, notamment, des chefs d'infractions à la législation sur les stupéfiants et association de malfaiteurs, le juge d'instruction avait prescrit, par commission rogatoire distincte, la mise en place d'un dispositif technique, dit « de géolocalisation », sur un véhicule utilisé par les suspects aux fins d'en déterminer les déplacements).

Rejetant le pourvoi, elle a énoncé que caractérise la prévisibilité et l'accessibilité de la loi, et la proportionnalité de l'ingérence réalisée dans l'exercice, par les personnes concernées, du respect de leur vie privée, au regard de l'article 8 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la chambre de l'instruction qui retient, d'une part, que l'apposition sur un véhicule automobile d'un dispositif technique dit « de géolocalisation » a pour fondement l'article 81 du code de procédure pénale et, d'autre part, que la surveillance a été effectuée sous le contrôle d'un juge et que, s'agissant d'un trafic de stupéfiants en bande organisée portant gravement atteinte à l'ordre public et à la santé publique, elle était proportionnée au but poursuivi et nécessaire au sens du texte conventionnel susvisé (Crim., 22 novembre 2011, pourvoi n° 11-84.308, *Bull. crim*. 2011, n° 234).

Ce faisant, elle a constaté que la chambre de l'instruction ne s'est pas contentée de se référer au fondement légal de la mesure, tel qu'il résulte des articles 81 et 151 du code de procédure pénale, mais qu'elle a également vérifié, conformément à la décision de la Cour européenne, que cette mesure, qui constitue une ingérence au sens de l'article 8 de la Convention, était bien proportionnée au but poursuivi.

B. Surveillance du salarié par l'employeur

Prérogative inhérente à sa créance de subordination, la possibilité reconnue à l'employeur de surveiller les salariés est porteuse de risques d'atteinte à leurs libertés individuelles. Le principe de cette surveillance et ses différentes formes (1) sont l'objet d'un contrôle (2).

1. Conciliation des prérogatives de l'employeur et des libertés du salarié

La question de la surveillance est particulièrement prégnante en droit du travail, domaine où par définition le salarié peut être surveillé par l'employeur qui dispose à cet égard d'un pouvoir de direction voire de sanction.

C'est la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage qui a assigné une double limite au pouvoir de contrôle compris dans le pouvoir de direction de l'employeur : d'une part, le respect des libertés individuelles et du droit à la vie privée du salarié, posé par l'article L. 1121-1 du code du travail (ancien L. 120-2), aux termes duquel « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché », également protégé par l'article 9 du code civil ; d'autre part, le principe de la loyauté des preuves, mis en œuvre par l'article L. 2323-32 (ancien L. 432-2-1), alinéa 3, du code du travail, aux termes duquel « Le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés », auquel s'ajoutent les articles L. 1222-4 et L. 1221-9 (ancien L. 121-8), selon lesquels « Aucune information concernant personnellement un salarié (ou un candidat à un emploi) ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance », qui prohibent l'utilisation de procédés de preuve secrets, tout comme l'article 9 du code de procédure civile.

La jurisprudence qui en est issue tente de concilier les libertés des salariés, garanties notamment par les dispositions susvisées, avec l'intérêt de l'entreprise et les besoins de l'employeur, lequel, dans le cadre de son pouvoir de direction, doit pouvoir contrôler l'exécution du travail commandé en s'assurant que les salariés exécutent leur mission et respectent la réglementation. C'est ainsi que la chambre sociale a posé très tôt que, « si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés » (Soc., 22 mai 1995, pourvoi n° 93-44.078, *Bull.* 1995, V, n° 164 ; voir aussi Soc., 20 novembre 1991, pourvoi n° 88-43.120, *Bull.* 1991, V, n° 519, le premier arrêt cité reprenant les termes des articles L. 121-8 et L. 432-2-1 introduits par le législateur en 1992, le second étant fondé sur l'article 9 du code de procédure civile). Notons que la formule alors employée « qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés » permettait de recouvrir à la fois les exigences de l'article L. 432-2-1 et celles de l'article L. 121-8 rappelées ci-dessus, bien que leurs conditions respectives d'application ne se recoupent pas nécessairement, puisque le premier concerne les procédés de contrôle **collectif**, ce qui justifie l'information collective des salariés par la voie de leurs représentants du personnel, alors que le second vise les dispositifs permettant de donner des informations **personnelles** sur un salarié et donc son identification, ce qui justifie son information personnelle préalable.

Encore faut-il souligner que la chambre sociale ne soumet à cette information préalable que les dispositifs de surveillance mis en place spécialement pour contrôler l'activité professionnelle des salariés, conformément aux prévisions légales.

Dispositifs, en premier lieu, tels l'enregistrement des conversations (Soc., 14 mars 2000, pourvoi n° 98-42.090, *Bull.* 2000, V, n° 101, s'agissant de l'information personnelle), la vidéosurveillance (Soc., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-43.866, *Bull.* 2006, V, n° 206 : « Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas fait l'objet, préalablement à son introduction, d'une information et d'une consultation du

comité d'entreprise »). Constituent ainsi un moyen de preuve illicite l'enregistrement du salarié par le système de vidéosurveillance de la clientèle mis en place par l'employeur qui est également utilisé par celui-ci pour contrôler ses salariés, sans information et consultation préalables du comité d'entreprise (Soc., 31 janvier 2001, pourvoi n° 98-44.290, *Bull.* 2001, V, n° 28) ou le badge de contrôle de rondes (Soc., 29 février 2012, pourvoi n° 09-72.766 ; Soc., 19 mars 2008, pourvoi n° 06-42.284).

En revanche, la chambre a jugé que ne constituent pas un procédé de surveillance illicite et donc un mode de preuve illicite pour n'avoir pas été préalablement porté à la connaissance d'un salarié ou du comité d'entreprise :
– le recours à des contrôleurs au service de l'employeur qui agissent de façon anonyme et qui sont chargés de surveiller les salariés qui manient des fonds (Soc., 11 janvier 995, pourvoi n° 93-42.270) ;
– la simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux de travail par son supérieur hiérarchique (Soc., 26 avril 2006, pourvoi n° 04-43.582, *Bull*. 2006, V, n° 145 : « la simple surveillance d'un salarié faite sur les lieux du travail par son supérieur hiérarchique, même en l'absence d'information préalable du salarié, ne constitue pas en soi un mode de preuve illicite »), ou par un inspecteur des recettes de l'employeur, la RATP (Soc., 3 mai 2007, pourvoi n° 05-44.612) ;
– le simple contrôle de l'activité d'un salarié chargé de l'approvisionnement et de la collecte des fonds de distributeurs automatiques dans le métro par un service interne à l'entreprise chargé de cette mission (Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-14.241).

Si les deux premiers arrêts sont relatifs à l'absence d'information personnelle du salarié, la solution adoptée dans le troisième a été la même s'agissant de l'obligation d'information et de consultation préalable du comité d'entreprise qui ne concerne que les « moyens ou les techniques », et non une délégation de son pouvoir de contrôle par l'employeur à des salariés de l'entreprise – mission de tout chef de chantier ou de tout chef de service. Mais si l'employeur fait appel à une entreprise extérieure pour exercer ce contrôle, les dispositions précitées retrouvent tout leur empire, puisque les salariés ne peuvent *a priori* savoir qu'ils font l'objet d'une surveillance de sa part (Soc., 15 mai 2001, pourvoi n° 99-42.219, *Bull*. 2001, V, n° 167).

En second lieu, la chambre sociale admet la recevabilité des preuves établies au moyen de dispositifs de surveillance ayant pour objet de garantir la sécurité des locaux dans lesquels les salariés ne travaillent pas, car il ne s'agit pas alors de contrôler l'activité des salariés, mais de protéger les biens (Soc., 19 janvier 2010, pourvoi n° 08-45.092 : « si l'employeur ne peut mettre en œuvre dans l'entreprise un procédé de contrôle de l'activité des salariés qui n'a pas été porté préalablement à leur connaissance, il peut librement mettre en place un dispositif de surveillance d'une partie des locaux dans laquelle les salariés ne travaillent pas » ; Soc., 19 avril 2005, pourvoi n° 02-46.295, *Bull*. 2005, V, n° 141 : « si l'employeur ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle de l'activité professionnelle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés, il peut leur opposer les preuves recueillies par les systèmes de surveillance des locaux auxquels ils n'ont pas accès, et n'est pas tenu de divulguer l'existence de procédés installés par les clients de l'entreprise ; qu'ayant constaté que la mise en place de la caméra avait été décidée par un client et n'avait pas pour but de contrôler le travail des salariés, mais uniquement de surveiller la porte d'accès d'un local dans lequel ils ne devaient avoir aucune activité, une cour d'appel a pu décider […] que les enregistrements

vidéo litigieux constituaient un moyen de preuve licite » ; Soc., 31 janvier 2001, pourvoi n° 98-44.290, *Bull.* 2001, V, n° 28), ou d'un dispositif d'enregistrement des numéros des appels téléphoniques passés par un autocommutateur téléphonique, qui a pour vocation de servir de standard téléphonique automatique (Soc., 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-45.279).

Ajoutons que certains procédés de contrôle, nécessairement clandestins et donc déloyaux, sont considérés comme des moyens de preuve illicites sur le seul fondement de l'article 9 du code de procédure civile, comme la filature ou la surveillance par un détective privé ou un huissier (Soc., 4 février 1998, pourvoi n° 95-43.421, *Bull.* 1998, V, n° 64 ; Soc., 15 mai 2002, pourvoi n° 00-42.885), l'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel de La Poste (Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-30.266, *Bull.* 2012, V, n° 208) ou le recours à un stratagème pour des vérifications clandestines (Soc., 18 mars 2008, pourvoi n° 06-45.093, *Bull.* 2008, V, n° 64), alors que ceux qui pourraient donner lieu à information préalable des salariés, comme la vidéosurveillance, ne sont censurés qu'en raison du défaut de respect de cette exigence (Soc., 31 janvier 2001, pourvoi n° 98-44.290, *Bull.* 2001, V, n° 28 ; Soc., 15 mai 2001, pourvoi n° 99-42.219, *Bull.* 2001, V, n° 167) ; ou à l'inverse reçus (Soc., 2 février 2011, pourvoi n° 10-14.263).

S'agissant plus spécifiquement de ce dernier mode de preuve, la chambre sociale a été amenée par des considérations finalistes à étendre cette exigence d'information préalable du comité d'entreprise et des salariés, d'une part au système de vidéosurveillance de la clientèle, également utilisé par l'employeur pour contrôler les salariés (Soc., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-43.866, *Bull.* 2006, V, n° 206), et, plus récemment, au système de vidéosurveillance installé sur le site d'une société cliente de l'employeur pour protéger les entrées de l'entreprise qui permettait également le contrôle des heures de travail des salariés (Soc., 10 janvier 2012, pourvoi n° 10-23.482, *Bull.* 2012, V, n° 2), revenant ainsi sur sa jurisprudence antérieure (Soc., 19 avril 2005, pourvoi n° 02-46.295, précité) qui avait jugé que l'employeur n'était pas tenu de divulguer l'existence de procédés installés par les clients de l'entreprise. Il doit être souligné que cette dernière décision est intervenue alors même que l'employeur avait sollicité une autorisation judiciaire d'utiliser les enregistrements par requête fondée sur l'article 145 du code de procédure civile, procédure qui n'a pas été considérée comme permettant de couvrir leur caractère illicite originel.

2. Mise en œuvre de la conciliation

a. Filature

Pour établir l'existence de comportements répréhensibles de son salarié, vol, concurrence déloyale, non-exécution de ses obligations professionnelles, l'employeur peut être tenté d'avoir recours aux services d'un détective privé, que l'enquête porte sur le comportement du salarié sur son lieu de travail ou dans le cadre de sa vie privée.

Les possibilités de dérive d'une telle pratique sont manifestes, tant du point de vue de leur loyauté que du point de vue de leur proportionnalité au but poursuivi. La chambre sociale de la Cour de cassation a construit sa jurisprudence sur le fondement des articles 9 du code civil, 9 du code de procédure civile, L. 1121-1 du code du travail et également 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Suivant une jurisprudence stricte, la chambre sociale exclut toute possibilité de filature du salarié dans le cadre de sa vie privée. C'est ainsi qu'il a été affirmé qu'une filature, organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié, constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur. Un supérieur hiérarchique ne peut par exemple se poster à proximité du domicile d'un salarié pour en surveiller les allées et venues (Soc., 26 novembre 2002, pourvoi n° 00-42.401, *Bull.* 2002, V, n° 352).

Seule peut être loyale une filature organisée pendant le temps de travail, si le salarié a été averti d'une telle mesure. Selon une jurisprudence constante, la preuve rapportée par l'enquête d'un détective privé n'est ainsi loyale, et donc licite, que si le salarié a été averti de la conduite d'une telle enquête. Si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés. Les comptes rendus de filature constituent un moyen de preuve illicite s'ils ont été effectués à l'insu du salarié (Soc., 22 mai 1995, pourvoi n° 93-44.078, *Bull*. 1995, V, n° 164; Soc., 4 février 1998, pourvoi n° 95-43.421, *Bull*. 1998, V, n° 64; Soc., 6 novembre 2008, pourvoi n° 06-45.749).

Le contrôle de la licéité du recours à ce mode de surveillance est particulièrement poussé. Les juges du fond doivent, y compris d'office, dans le respect du principe de la contradiction, vérifier que le salarié a bien été averti de la procédure de contrôle que constitue le recours à un enquêteur privé (Soc., 23 novembre 2005, pourvoi n° 03-41.401, *Bull*. 2005, V, n° 333).

Le caractère illicite du rapport établi par un détective privé chargé d'une mesure de filature entache l'ensemble de cette pièce. Les juges ne peuvent décider de ne retenir que la partie d'un tel rapport qui ne ferait pas mention d'actes de filatures opérés sans que le salarié en soit averti. L'illicéité d'un moyen de preuve doit entraîner son rejet pur et simple des débats (Soc., 4 février 1998, pourvoi n° 95-43.421, *Bull*. 1998, V, n° 64).

Le fait qu'un des griefs faits au salarié ait été rapporté devant la juridiction par le biais d'une enquête de détective privé illicite ne prive cependant pas l'employeur de la possibilité de prouver ces agissements par d'autres moyens dont les juges apprécient la pertinence (Soc., 11 décembre 2001, pourvoi n° 99-43.578). Le défaut de loyauté de l'élément de preuve n'affecte que celui-ci et non pas l'agissement du salarié lui-même. La chambre sociale de la Cour de cassation prend ainsi soin de vérifier que les juges du fond ont examiné, après avoir écarté l'enquête illicite, les autres éléments de preuve qui ont pu être produits par l'employeur (« le seul moyen de preuve offert étant illicite » : Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 05-45.382).

Une filature par un détective privé conduite de façon illicite peut cependant permettre à un employeur de prendre connaissance des agissements du salarié. Si cette filature ne peut en soit être utilisée comme mode de preuve devant la juridiction prud'homale, elle peut conduire l'employeur à faire constater, de façon licite, les agissements du salarié par un huissier de justice (Soc., 3 décembre 2008, pourvoi n° 07-43.301).

b. Constat d'huissier

Autant le recours à un enquêteur privé est en pratique presque exclusivement le fait de l'employeur, ne serait-ce que du fait du coût d'une telle intervention, autant les salariés peuvent facilement avoir recours à l'intervention d'un huissier de justice, par exemple pour faire constater une dégradation de leurs conditions de travail constitutive d'un harcèlement moral (Soc., 6 juillet 2010, pourvoi n° 09-42.557) ou l'impossibilité d'accéder à l'entreprise à la suite d'un licenciement verbal (Soc., 9 novembre 2005, pourvoi n° 03-45.553). Même si les juges du fond apprécient souverainement la valeur et la portée du contenu d'un constat d'huissier de justice, dont les constatations font foi jusqu'à preuve du contraire (Soc., 18 janvier 2011, pourvoi n° 09-68.163), la force probante d'une telle pièce en fait un élément de preuve parfois incontournable.

Le recours par l'employeur à un constat d'huissier comme mode de preuve suit un régime particulier. S'agissant d'un officier ministériel, l'huissier est habilité à procéder à des constats sans qu'il soit nécessaire que le salarié en soit informé. La chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi rappelé qu'un constat d'huissier ne constitue pas un procédé clandestin de surveillance nécessitant l'information préalable du salarié (Soc., 10 octobre 2007, pourvoi n° 05-45.898). Il est vrai que l'intervention de l'huissier est strictement encadrée, tant en ce qui concerne les conditions et lieux de son intervention qu'en ce qui concerne les faits qu'il est habilité à constater.

L'huissier doit ainsi agir à visage découvert. Il lui est interdit d'user d'un stratagème, ce qui ferait basculer son intervention dans la clandestinité ou la déloyauté et la rendrait illicite. La chambre sociale sanctionne ainsi l'employeur qui s'assure le concours d'un huissier organisant un montage en faisant effectuer, dans les différentes boutiques et par des tiers qu'il y avait dépêchés, des achats en espèces, puis en procédant, après la fermeture du magasin et hors la présence de la salariée, à un contrôle des caisses et du registre des ventes (Soc., 18 mars 2008, pourvoi n° 06-40.852, *Bull.* 2008, V, n° 65). L'huissier doit faire connaître sa qualité lors de ses opérations. Il ne peut donc la dissimuler, ne serait-ce que par omission, même s'il agit dans le cadre d'une ordonnance du président du tribunal de commerce l'en ayant dispensé (Soc., 5 juillet 1995, pourvoi n° 92-40.050, *Bull.* 1995, V, n° 237). C'est cette loyauté de l'intervention de l'huissier qui donne la force probante aux constatations qu'il peut être amené à faire.

L'huissier doit en principe effectuer ses constatations matérielles dans un lieu ouvert au public (Soc., 19 janvier 2005, pourvoi n° 02-44.082). Son intervention ne se cantonne cependant pas aux lieux publics. Il est simplement nécessaire qu'il ait eu un accès autorisé aux locaux dans lesquels il mène ses opérations. Ainsi, un employeur peut demander à un huissier de justice de procéder à un constat dans les locaux de l'entreprise, sans qu'il soit nécessaire que le salarié soit présent ou soit averti de l'établissement de ce constat. Le juge doit simplement vérifier dans un tel cas que dans les locaux visités ne se trouvait aucune affaire personnelle du salarié ni aucun objet ou document susceptible de révéler quoi que ce fût sur la vie privée du salarié (Soc., 13 avril 2010, pourvoi n° 08-45.558).

L'huissier de justice ne peut procéder qu'à des constatations matérielles. Il résulte en effet des dispositions de l'article 1er de l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers que les huissiers de justice peuvent être commis en justice pour effectuer des constatations purement matérielles, exclusives de tout avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter. Ils ne peuvent être

commis pour procéder à des auditions de témoins qui relèvent de la procédure d'enquête prévue par les articles 204 et suivants du code de procédure civile et ne peuvent dès lors recueillir des témoignages qu'aux seules fins d'éclairer leurs constatations matérielles (Soc., 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-43.392). En revanche doit être écarté des débats le procès-verbal de constat établi par un huissier commis pour interroger les salariés d'une entreprise concurrente (Soc., 29 octobre 2002, pourvoi n° 00-42.918, *Bull.* 2002, V, n° 326).

c. Géolocalisation

Lorsque le salarié exécute sa prestation de travail à l'extérieur de l'entreprise, en raison de déplacements ou de tâches à réaliser à domicile, le contrôle de la durée du travail implique la mise en place de dispositifs spécifiques. Dans une telle situation, le recours à la géolocalisation peut être regardé comme un outil utile de nature à permettre à l'employeur, tant de vérifier les horaires réellement effectués par le salarié, que de prévenir d'éventuels dépassements des durées maximales de travail.

Mais, eu égard au caractère particulièrement intrusif de cette technologie et aux risques qu'elle représente pour le respect de la vie privée du salarié, le matériel étant en mesure de fournir des informations allant bien au-delà de la simple révélation des horaires de travail, la chambre sociale a, dans un arrêt du 3 novembre 2011 (pourvoi n° 10-18.036, *Bull.* 2011, V, n° 247), encadré strictement les conditions dans lesquelles l'employeur peut y recourir. Un tel système ne peut être utilisé que dans le respect des dispositions de l'article L. 1121-1 du code du travail, aux termes duquel nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. Les critères de justification et de proportionnalité fixés par ce texte ont conduit la chambre sociale à retenir un principe de subsidiarité, rejoignant ainsi la position de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) (délibération n° 2006-06 du 16 mars 2006, portant adoption d'une recommandation relative à la mise en œuvre de dispositifs destinés à géolocaliser les véhicules automobiles utilisés par les employés d'un organisme privé ou public) : la géolocalisation pour le contrôle de la durée du travail n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen et, en toutes hypothèses, il n'est pas justifié lorsque le salarié dispose d'une liberté d'organisation du travail. Or, dans l'affaire examinée par la chambre sociale, le salarié jouissait d'une telle liberté d'organisation, le contrat prévoyant en outre que les rapports d'activité quotidiens que celui-ci devait adresser à l'employeur faisaient preuve de cette activité. Dès lors, le recours à la géolocalisation n'était pas justifié.

L'utilisation d'un système de géolocalisation étant soumise à une obligation de déclaration auprès de la CNIL et d'information des salariés (articles L. 1222-4, alinéa 2 et L. 2323-32, alinéa 2, du code du travail), la chambre sociale a précisé, dans le même arrêt, qu'un tel système de contrôle ne pouvait être utilisé par l'employeur pour d'autres finalités que celles déclarées auprès de la CNIL et portées à la connaissance des salariés. L'employeur ayant déclaré que le système de géolocalisation installé à bord du véhicule avait pour objet l'amélioration du processus de production par une étude des déplacements, son utilisation pour contrôler la durée du travail du salarié constituait un détournement de finalité.