



Les reines des preuves se verraient-elles détrônées ?

publié le 09/11/2009, vu 31636 fois, Auteur : [Maître HADDAD Sabine](#)

Les moyens de preuve à disposition aussi parfaits soient-ils pour certains, ne se verraient-ils pas confrontés aux moyens modernes de communication ?

Un principe cher à notre droit civil se trouve résumé dans l'adage latin : « *actorit incumbit probatio* », signifiant que la charge de la preuve incombe au demandeur. Autrement dit, il revient à celui qui allègue des faits d'apporter la preuve de ses affirmations ou prétentions.

Cette preuve devrait pouvoir être débattue librement et contradictoirement. Une fois apportée, elle sera soit admise et recevable, soit renversée par celui à qui elle est opposée qui tentera d'établir des éléments contraires.

L'article **1315 du code civil** reprend le sens de cet adage en précisant : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ».

En droit civil, la reine des preuves sera l'écrit, alors qu'en droit pénal on parle plus volontiers de la preuve de l'aveu ...

S'agissant de deux terrains différents, la procédure applicable est totalement différente.

En effet, la procédure pénale française a tendance à privilégier le caractère inquisitoire (*imposant au juge d'instruction d'enquêter et de rechercher les preuves, dans le secret de l'instruction*), alors que la procédure civile privilégie le caractère accusatoire (*contradictoire, qui privilégie le rôle des parties dans la recherche des preuves et leur affrontement public, comme dans les pays anglo-saxons. Le juge devient alors un arbitre*).

Dans tous les cas, un moyen de preuve mensonger ou obtenu par violence ou fraude des droits d'une personne serait irrecevable car la fraude corrompt tout : « *Fraus omnia corrumpit* ». Mais qu'en est-il des moyens de preuves à disposition et de leur évolution ? Y a-t-il encore une reine des preuves en voie d'être détrônée par des moyens modernes de communication ? La loi et la dernière jurisprudence prévisibles en sont une illustration....

I- Le mode parfait par la preuve littérale

A) La reine des preuves émane de tout officier assermenté.

1°- l'acte authentique d'un officier ministériel public

La valeur probante d'un acte authentique lui confère preuve parfaite sur son origine, son contenu, sa date.

On dit que ce dernier fait foi jusqu'à inscription de faux en écriture publique (*procédure visant à vérifier si l'acte produit devant un tribunal est un faux. Dans la positive, il sera jugé nul et non avenu, mais dans la négative, le demandeur s'exposerait à des poursuites pénales et à une amende et à indemniser celui qui en est victime.*)

L'article **1317 du code civil** définit l'acte authentique comme celui reçu par des officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises....

2°- Le constat d'Huissier

Etabli par un officier ministériel, auxiliaire de justice en vue de l'établissement de la réalité d'un fait matériel.

3°-Le constat d'expert judiciaire

4°- L'acte établi par d'autres officier assermentés

En matière d'état des personnes, *ex pour établir la naissance, le décès, ou le mariage*, la preuve se fera par la production d'un écrit spécifique, un acte d'état civil...

En matière de pacs ou de nationalité par des documents spécifiques établis par les préfectures ou les greffes des Tribunaux....

B) La preuve souveraine des actes juridiques entre parties : L'acte sous seing privé.

1°- Le principe : La forme des actes privés revêt un aspect essentiel.

La signature reste indispensable pour ces types d'actes.

- Au regard du quantum : L'article **1341 du code civil** prévoit que : « *Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre.* » (La valeur retenue est de 1.500 euros fixée par décret du 20/8/2004).

- Au regard des obligations réciproques engendrées : Ainsi celles qui engagent les deux parties réciproquement en créant des obligations pour chacune (contrats synallagmatiques) doivent selon l'article **1325 du code civil** être établies en autant d'originaux que de parties ayant un intérêt distinct, datés et signés.

- Au regard d'un engagement unilatéral consistant en une reconnaissance de dette : l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature du souscripteur de l'engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres.

Cette condition fait exception en matière commerciale, où la preuve se fait par tous moyens.

La valeur probante de l'acte sous seing privé est limitée puisqu'il ne fait foi que jusqu'à preuve du contraire.

Il faut savoir que les dates des actes sous seing privé sont certaines et valables dans trois cas (article **1328 du code civil**):

- la date de l'enregistrement;
- la date de la mort de l'un des signataires (elle suppose que l'acte n'aura pas pu être établi postérieurement à la mort) ;
- la date de la constatation de l'existence de l'acte dans un acte authentique.

2°- Les exceptions au formalisme

A défaut pour un acte sous seing privé de remplir toutes les conditions de forme (défaut de signature ou de date ...), ce dernier ne perdra pas toute sa valeur probante.

§ Que se passe t-il en cas de défaut d'écrit conforme à la règle ?

Il fournira un commencement de preuve par écrit qui permettra de prouver librement le contenu de l'acte (**article 1347 du code civil** : "*tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué*").

Peuvent être considérées par le juge comme équivalant à un commencement de preuve par écrit, les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution.

§ Que se passe t-il à défaut d'un écrit confort de preuve ?

L'article **1348 du code civil** prévoit d'autres exceptions à la nécessité d'un écrit:

- lorsque l'obligation est née d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit fait juridique)
- lorsque l'une des parties, soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique, ou aura perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure.

Elles reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable (*est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support*).

La preuve se fera par tous moyens dans ces cas de la même manière qu'en matière commerciale

§ Existet-il d'autres écrits spécifiques privés à disposition ?

Ainsi les éléments de comptabilité, livres de comptes en matière commerciale

C) L'aveu judiciaire : Une preuve souveraine

Il constitue la déclaration par laquelle l'une des parties au procès reconnaît faute, une infraction ou les droits de l'autre partie.

Si cet aveu est réalisé devant une instance de justice sa force probante est absolue et le juge est obligé de juger en conséquence, l'aveu est alors dit judiciaire. Il est irrévocable sauf erreur de fait.

En droit pénal, on le qualifie de « reine des preuves ».

Lorsqu'il fera défaut, le juge recherchera le « faisceau d'indices » susceptible d'emporter sa conviction ou celle des Tribunaux.

II- Les modes imparfaits pour preuve des faits ou des actes juridiques inférieurs à 1.500 euros

Dans les procédures où la preuve peut se faire librement ou par tous moyens, comme en matière commerciale, de divorce, de faits juridiques (délits, quasi-délits), pénale, prud'homale ou en matière contractuelle lorsque l'écrit n'est pas la reine des preuves en deçà d'une valeur contractuelle de 1500 euros, d'autres moyens sont à disposition pour aboutir. Une seule limite à surveiller : la déloyauté.

Cela suppose que toute preuve qui serait obtenue par fraude, violence ou en violation de la vie privée d'une personne sera déclarée irrecevable.

A) L'aveu extrajudiciaire : Une preuve toute relative

Si l'aveu est réalisé en dehors des instances judiciaires, dans une lettre, un enregistrement audio, fait devant témoin... sa force probante est relative, il ne fait qu'informer le juge qui n'est en aucun cas tenu par cet aveu.

B) Le témoignage : Une preuve à l'efficacité renforcée si elle émane d'un tiers majeur et a été établi dans un certain formalisme.

1°- Règles de recevabilité

Emanant de tiers, d'amis, de collègues, ou de membres de la famille , il ne lie pas le juge. Certains témoignages de complaisances peuvent être rejetés.

Les articles **200 à 203 du Nouveau code de procédure civile** et l'article **441-7 du nouveau code pénal** réglementent le témoignage. En cas de fausse déclaration, son auteur pourrait être poursuivi et puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende par le fait d'établir une attestation ou un certificat faisant état de faits matériellement inexacts.

Le témoignage sera principalement remis sous forme d'attestation écrite sur papier libre. (à l'oral, il se ferait sous forme d'une audition devant un magistrat).

Pour une parfaite valeur probante, il doit être manuscrit, daté et signé de la main de son auteur, lequel portera sa qualité (membre de la famille, collègue, ami) accompagné d'une pièce d'identité. Il doit porter sur des faits précis et directs.

Il doit être objectif, détaillé, porter la mention de ce que son auteur a conscience qu'en cas de fausse déclaration, il s'expose à des sanctions pénales.

Cependant par un arrêt du *30 novembre 2004*, la *1ere chambre civile* de la cour de cassation a jugé que les dispositions de l'article **202 du nouveau code de procédure civile** relatives à la forme des attestations n'étaient pas prescrites à peine de nullité.

Son appréciation restera soumise aux juges du fond, qui pourraient en tenir compte ou non malgré tout.

Tout témoignage par ouïe dire ou indirect serait, bien entendu irrecevable et écarté comme entaché d'aucune force, de même que tous commentaires subjectifs. La valeur probante d'un témoignage sera accrue lorsqu'il sortira du cercle familial.

Un constat établi par un expert hors cadre judiciaire, obtenu de façon non contradictoire, vaudrait simple témoignage contestable...

2°- Les témoignages à objectifs limités de façon générale et absolue

§ Le témoignage des descendants en matière de divorce :

L'article **259-1 du code Civil** fait *interdiction aux descendants de témoigner sur les griefs invoqués par les époux.*

L'article **245 du nouveau code de procédure civile**, rappelle 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."*

Ainsi les enfants, les petits-enfants, mais aussi les conjoints des descendants ne sont pas admis à témoigner. Cette interdiction des témoignages est générale et absolue. Cette interdiction a été

étendue aux concubins des descendants, ainsi qu'au conjoint divorcé d'un descendant.

§ Le témoignage des mineurs:

au pénal: L'article **335 7° du code de procédure pénale** prévoit que ne peuvent être reçues sous la foi du serment les dépositions - **7°** Des enfants au-dessous de l'âge de seize ans.

au civil: Dans un arrêt récent, *Cass. civ. 2, 1er octobre 2009, n° 08-13.167* la Cour de cassation a pu confirmer dans une instance en responsabilité suite à un accident lié à une chute, où le témoignage d'un mineur était produit que: "le **mineur** ne pouvant être entendu en qualité de témoin de faits extérieurs, il ne pouvait aussi attester à ce titre.

Une nuance se pose au regard des dispositions de l'article **388-1 du code civil** qui prévoient hors cadre des griefs liés au divorce que: " *dans toute **procédure le concernant**, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet*".

C) Les présomptions : conséquences que la loi ou le magistrat tirent d'un fait connu à un fait inconnu pour conviction

1°- Les présomptions de l'homme

Il s'agit d'un mode d'induction/déduction librement utilisé par le juge sur le fondement d'indices matériels qu'il trouvera pertinent. (registres, papiers domestiques, notes, journaux intimes, missives...)

2°-Les présomptions légales simples ou absolues

Il existe deux catégories de présomptions légales.

Les présomptions dites simples ou réfragables (qui peuvent être démontées par la preuve contraire du défendeur) et les présomptions absolues ou irréfragables (insusceptibles de preuve contraire).

L'Article **1350 du code civil** définit certaines preuves absolues :

- *Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité ;*
- *Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées ;*
- *L'autorité que la loi attribue à la chose jugée ;*
- *La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment.*

Ainsi celui qui en bénéficie est dispensé d'apporter la preuve.

D) Le serment : Un mode de preuve décisive ou dérisoire ?

Très rarement utilisé pour des faits personnels à démontrer, même s'il reste toujours recevable. Organisé par les articles **1357 et suivants du code civil**. Le serment judiciaire est de deux espèces :

1° Celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause : il est appelé "décisive".

Le serment décisive est un serment fait par l'une des parties à la demande de l'autre, par exemple un débiteur, incapable de prouver qu'il a bien remboursé, pourra demander à son créancier de faire serment de ne jamais avoir été remboursé. La partie à laquelle il est demandé de prêter serment a trois alternatives :

- soit elle prête serment et gagne le procès,
- soit elle refuse et perd le procès,
- soit elle réfère le serment à la partie adverse et met ainsi son sort entre les mains de l'autre partie.

Le juge pénal établit la fausseté d'un serment décisive, celui qui en est l'auteur peut faire l'objet de poursuites (délict), et le procès incriminé pourra être révisé en civil.

2° *Celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties* « supplétoire », celle qui lui paraît la plus digne de confiance, lorsqu'il estime les preuves insuffisantes et souhaite posséder une indication complémentaire.

Ce mode de preuve n'est plus guère utilisé... Il est tombé en désuétude.

III- Les modes de preuve modernes issus des techniques de reproduction ou de communication .

Dans les procédures où la preuve peut se faire librement ou par tous moyens, tel en droit commercial, en matière de divorce, de faits juridiques (délits, quasi délits), au pénal ou en matière contractuelle où l'écrit n'est pas la reine des preuves en deçà d'une valeur contractuelle de 1500 euros, tous les moyens sont bons pour aboutir.

Toute atteinte à la vie privée pour obtenir un élément de preuve rendrait la preuve irrecevable ou toute preuve obtenue violemment ou de façon déloyale serait irrecevable car la fraude corrompt tout. Dans cette optique, l'évolution prévisible des techniques a rendu prévisible l'évolution législative et jurisprudentielle.

Ainsi le principe qui se dégage réside dans le fait que tous documents protégés par un mot de passe ou un code seraient obtenus de façon déloyale et rejetés des débats

A) Les photocopies lisibles qui seraient contestées conservent une forte suspicion au regard de leur authenticité susceptible de les rendre irrecevables

B) Les télécopies

Celles-ci, non contestées dans leur authenticité constitueront **un commencement de preuve par écrit**. Ainsi en matière commerciale où les commandes se font par le biais de tous les procédés modernes de communication... La signature de l'auteur figurant sur un tel document, l'avis d'émission et/ou de réception renforceront le caractère vraisemblable et probant d'une telle production, mais toujours susceptible d'être contestée donc de preuve contraire.

De même l'envoi d'une lettre de mise en demeure par envoi recommandé avec accusé de réception sera difficilement contestable. Cette même lettre, non retirée par son destinataire pourra permettre d'établir sa mauvaise foi !

C) Les enregistrements téléphoniques ou audio, les photographies ou films

Les enregistrements ne sont pas recevables comme mode de preuve si la partie adverse n'en a pas été tenue au courant et si la conversation a été enregistrée à l'insu de quelqu'un qui pourrait d'ailleurs se retourner contre la personne auteur de l'enregistrement déloyal.

L'article 226-1 du code pénal prohibe comme preuve les enregistrements obtenus au moyen d'un procédé quelconque de paroles prononcées **dans un lieu privé** par une personne **sans le consentement de celle-ci**.

Cependant, deux limites sont à envisager :

-s'agissant de la valeur probante de l'enregistrement de communications téléphoniques ayant pour but d'identifier l'auteur d'appels constituant des violences avec préméditation,celles-ci ont été jugées recevables. Les juges restent libres de déterminer la valeur probante dudit enregistrement (*Cass. crim., 13 juin 2001*)

- Les « écoutes téléphoniques » sont légales lorsqu'elles ont été valablement ordonnées par un juge d'instruction dans le cadre d'une affaire pénale. Elles sont encadrées par le code de procédure pénale. Ainsi, le juge d'instruction tient des articles 81 et 100 dudit code , le pouvoir de prescrire, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, l'interception, l'enregistrement et la transcription des correspondances émises par la voie des télécommunications par une personne mise en examen, dès lors que n'est pas en cause l'exercice des droits de la défense...

Dans la même optique: photographier ou filmer et transmettre l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé, sans son consentement, ne pourrait constituer une preuve . (voire aussi **article 9 du code civil** sur le droit à l'image)

D) Les mails

Ceux-ci obtenus sans fraude (du numéro de code par exemple) constituent l'un des moyens judiciaires pour démontrer le harcèlement moral.... (*1 ere Civ 18 mai 2005*)

Ainsi des courriers électroniques échangés par un époux avec un autre internaute sur un site ou récupérés dans sa boîte mail à l'aide de l'installation d'un logiciel espion (mouchard) seront écartés des débats du fait de leur obtention déloyale.

E) Les sms

Ce nouveau mode de preuve a pu trouver applications loyales...

- en matière de divorce où la preuve de la faute se fait par tous moyens pour démontrer l'adultère
:

Les juges du fond ont prononcé le divorce d'une épouse aux torts exclusifs d'un conjoint, qui pour démontrer l'adultère de son époux, avait produit des sms reçus sur le téléphone portable de celui-ci, dont la teneur était rapportée dans un procès-verbal dressé à sa demande par un huissier de justice. La cour d'appel a en effet considéré que ces SMS relevaient "de la confidentialité et du secret des correspondances et que la lecture de ces courriers à l'insu de leur destinataire constitue une atteinte grave à l'intimité de la personne". Néanmoins, la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel aux vises des articles **259 et 259-1** du code civil, les juges du fond n'ayant pas constaté "que les sms avaient été obtenus par violence ou fraude". **1^{ere} Civ, 17/06/2009, pourvoi n° 07-21.796**

- en matière de harcèlement sexuel :

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, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur (*soc 23 mai 2007*).

F) La Loi du du 13 MARS 2000 portant " ADAPTATION DU DROIT DE LA PREUVE AUX TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET RELATIVE A LA SIGNATURE ELECTRONIQUE" vient modifier le paysage des preuves: support numérique et signature électronique.

Avec l'évolution des transactions électroniques, surtout en matières commerciales, des documents numériques sont apparus sur le net.

Ainsi contrats et conditions générales, bons de commande, formulaires, etc... surtout en matière commerciale, la Loi du 13 mars 2000 a été amenée à transposer les nouvelles techniques modernes dans notre Droit visées dans la *Directive 1999/93/CE ' du Parlement Européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques*). Il s'est agi d'un volet nécessaire à l'évolution des preuves.

Le législateur a ainsi pu élargir la notion d'écrit en le dissociant totalement de son support papier auquel il était traditionnellement assimilé, remettant ainsi en cause des règles du code civil datant de 1804 !

La notion de preuve par écrit a pu être élargie pour y voir intégrer les documents électroniques.

De plus une définition générale de la signature reconnue comme signature électronique a été donnée.

Avec les dispositions de l'article 1341 du code civil ont été élargies, puisque 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. Une fois les conditions d'admission satisfaites, le document électronique se voit reconnaître la même force probante que l'acte sous seing privé.

La signature électronique est définie comme l'usage d'un "procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache...

CONCLUSION

Les dernières jurisprudences précitées en matière de sms, de mails méritent cependant un commentaire.

Elles risquent d'accroître la suspicion dans les couples ou entre amis puisqu'il est à craindre dans l'avenir de voir certaines personnes se mettre en mode « veilleuse » pour cacher leur portable, l'éteindre en le protégeant d'un mot de passe ou tout simplement rester à proximité lorsqu'elles le rechargeront.

Dorénavant, il conviendra de faire attention à la rédaction de tous ses écrits. Inutile de détruire vos téléphones, car l'écrit restera de toute façon.... L'historique des messages restant chez votre opérateur... !

Cela risque aussi d'ôter le caractère spontané et fréquent de certains envois.. Même sort pour l'ordinateur qui pourrait se retrouver en « veille » de façon intempestive....

Cependant, les reines des preuves restent toujours celles des écrits authentiques, originaux mais aussi des aveux obtenus sans contraintes (*non extorqués par chantage, violence ou soudolement, donnés de façon discernée*)

Il est certain qu'un document original obtenu sur support papier pourra être confronté au même document obtenu sur un support numérique infalsifiable.

La signature électronique apposée sur certains actes a désormais tout un rôle à jouer.

Si certaines preuves sont aujourd'hui tombées en désuétude (tel le serment), de nouvelles preuves encore vassales, plus modernes arrivent pour concurrencer les reines. Elles bondissent à grands pas pour trouver leur place peu à peu dans l'arsenal des éléments probants.

La recevabilité d'enregistrements opérés sur des sites publics où le nom et les informations personnelles de son auteur apparaissent à la vue de tous, n'est plus très loin . Certaines informations apparaissent en tapant le nom et prénom de l'auteur sur google... Les sites tels que facebook, myspace, etc...deviennent des lieux d'échange et de recherche primordiaux et privilégiés....

Aucune déloyauté dans l'obtention de l'élément d'une preuve publique obtenue sur ces sites facilement et librement ne devrait être relevée...

