

Recueil Dalloz 2008 p. 2820

Droit de la preuve (1)

janvier 2007 - juin 2008

Philippe Delebecque, Professeur à l'Université Paris I (Panthéon Sorbonne)

Jean-Daniel Bretzner, Avocat à la Cour - Bredin Prat

Thomas Vasseur, Conseiller référendaire à la Cour de cassation

L'essentiel

Dense et féconde ! Tels sont les épithètes qui nous viennent à l'esprit pour qualifier la jurisprudence récente en matière probatoire. Le nombre et surtout l'intérêt des décisions examinées dans ce panorama confirment l'émergence d'une discipline à part entière : le droit de la preuve (2).

J.-D. B.

I - Les principes probatoires communs aux droits personnels et aux droits réels

A - Les décisions relatives à la charge de la preuve

1 - Une jurisprudence en phase avec les principes régissant la charge de la preuve

La question de la charge de la preuve est récurrente : il faut dire qu'elle est essentielle, spécialement en matière contractuelle. Du reste, le règlement Rome I (art. 18) y insiste, en renvoyant à la loi régissant l'obligation contractuelle. Les principes sont saufs et le sont pareillement dans la jurisprudence récente. En voici quelques exemples :

- contrat de vente : la preuve de l'existence du vice caché pèse sur l'acheteur, étant entendu que cette preuve est grandement facilitée par le recours à une expertise (attribuant en l'espèce la cause du dommage survenu à une automobile, à une dégradation subite et anormale de la partie caoutchouc de la poulie) ; quant au vendeur, il lui appartient, s'il veut se libérer, de prouver l'existence d'une cause extérieure : intervention étrangère sur la chose ou mauvaise utilisation de la chose (**Civ. 1re, 13 mars 2008, n° 06-20.572**) ;

- contrat de bail : dès lors que le bailleur est tenu « par la nature même du contrat » de délivrer au preneur la chose louée, c'est à lui de prouver qu'il a satisfait à cette obligation, en l'espèce en remettant les clés au locataire (Civ. 3e, 25 juin 2008, n° 07-14.341, D. 2008. AJ. 2000 ) ;

- contrat de transport : c'est au transporteur qui entend se prévaloir de l'article L. 132-8 du code de commerce - le fameux texte sur l'action directe du voiturier auquel la jurisprudence essaye de donner une cohérence - d'apporter la preuve de la qualité d'expéditeur ou de destinataire de celui qu'il assigne en garantie de paiement, c'est-à-dire de son créancier (Com. 13 févr. 2007, n° 05-18.590, Bull. civ. IV, n° 45 ; D. 2007. AJ. 725, obs. X. Delpech ; RTD com. 2007. 592, obs. B. Bouloc ) ;

- contrat de dépôt : si le dépositaire est tenu d'une obligation de moyens, il lui incombe

cependant, en cas de détérioration de la chose déposée, de prouver qu'il y est étranger, en établissant qu'il a donné à cette chose les mêmes soins qu'il aurait apportés à la garde de celles qui lui appartiennent, sauf à prouver que cette détérioration existait avant la mise en dépôt (Civ. 1re, 22 mai 2008, n° 06-17.863, à paraître au *Bulletin*, qui ne fait au fond que rappeler que l'obligation du dépositaire est une obligation de résultat atténuée ; D. 2008. AJ. 1550, obs. X. Delpech ).

Une autre question s'est récemment posée qui est de savoir si les parties peuvent aménager les règles sur la charge de la preuve. Rien ne s'y oppose, dès l'instant que seuls des intérêts privés sont en cause et que la loi ne dit rien. La Cour de cassation l'a très justement reconnu, en soulignant que les parties à un contrat de dépôt salarié (mise en pension d'un cheval moyennant rétribution) sont libres de convenir de mettre à la charge d'un déposant, qui entend se prévaloir d'un manquement du dépositaire à l'obligation de moyens qui lui incombe, la preuve de ce manquement (**Civ. 1re, 30 oct. 2007, n° 06-19.390**, Bull. civ. I, n° 328 ; D. 2007. AJ. 3005). Une telle clause n'est au demeurant qu'une variété de clause de non responsabilité. Cette clause est d'autant plus valable que la jurisprudence, avant d'admettre la parfaite validité des clauses de non responsabilité, sous réserve du dol et de la faute lourde du débiteur, avait longtemps considéré que de telles clauses avaient pour seul effet de renverser la charge de la preuve (V. Cass. 18 janv. 1933, DH 1933. 115), reconnaissant par là l'efficacité du procédé.

Ph. D.

2 - Le débiteur défaillant et la liquidation de l'astreinte : un exemple de fausse inversion de la charge de la preuve

Les décisions qui prononcent une condamnation assortie d'une astreinte sont fréquentes et constituent la source d'un contentieux « aval » très important : le contentieux de la liquidation de l'astreinte. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 28 novembre 2007 examine la question de la charge de la preuve de l'inexécution d'une obligation consacrée par une condamnation assortie d'une astreinte et statue dans un sens défavorable au débiteur condamné sous astreinte. L'arrêt prescrit en effet à ce dernier d'assumer lui-même la charge de la preuve de l'exécution effective de son obligation (**Civ. 1re, 28 nov. 2007, n° 06-12.897**, Bull. civ. I, n° 375 ; D. 2008. AJ. 96, obs. V. Avena-Robardet). Relatons brièvement les faits avant d'analyser la solution.

Plusieurs personnes physiques avaient été condamnées à restituer divers biens meubles à un membre de leur famille. En dépit de l'astreinte provisoire qui assortissait l'obligation de restitution, les débiteurs ne procédèrent pas à la restitution des biens litigieux, de sorte que le créancier sollicita la liquidation de ladite astreinte. Les juges du fond firent échec à cette demande au motif que le créancier, demandeur à l'instance, n'avait produit aucune pièce de nature à démontrer l'inexécution effective de l'obligation de restitution litigieuse. Frappé de pourvoi, l'arrêt d'appel fut censuré pour le motif suivant : « ... *lorsqu'une astreinte assortit une décision de condamnation à une obligation de faire, il incombe au débiteur condamné de rapporter la preuve qu'il a exécuté son obligation...* ».

Trois observations méritent d'être formulées afin d'apprécier la portée de cette décision.

Première observation : outre qu'il est publié au *Bulletin*, l'arrêt consacre une solution que d'autres formations de la Cour de cassation - en l'occurrence les chambres sociale et commerciale - avaient déjà adoptée dans des termes proches, si ce n'est parfois identiques (Soc. 14 déc. 2005, Bull. civ. V, n° 363 ; D. 2006. IR. 98 ; RTD civ. 2006. 378, obs. R. Perrot ; Com. 2 oct. 2001, n° 00-10.337, RTD civ. 2002. 148, obs. R. Perrot ; Procédures 2001. 226, note R. Perrot). L'arrêt nourrit ainsi un courant jurisprudentiel qui suscite de plus en plus d'adhésions.

Deuxième observation : contrairement à ce que suggère une lecture hâtive, l'arrêt n'opère pas d'inversion de la charge de la preuve. Certes, le fardeau de la preuve est ici attribué au défendeur à l'instance. Pour autant, il serait inexact d'en inférer une « inversion » de la

charge de la preuve. La solution - qui prend expressément appui sur l'article 1315 du code civil - procède au contraire d'une application stricte de l'ensemble des dispositions de ce texte, dont beaucoup de plaideurs proposent une lecture réductrice. Le postulat selon lequel la qualité de défendeur à l'instance confère une position confortable - en ce sens qu'elle autorise une sorte de passivité - fait abstraction des subtilités de l'article 1315 et ne reflète pas les règles qu'il consacre. Formé de deux alinéas, ce texte génère en réalité des obligations « probatoires » à la charge de chacune des parties au procès, qu'il s'agisse du demandeur ou du défendeur. L'alinéa 1er fixe une première exigence, en l'occurrence à la charge de celui qui allègue être créancier, et dispose que « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* ». Appliquée à l'espèce ici examinée, cette règle impliquait simplement que le demandeur à l'instance démontre l'existence de l'obligation, pour ses adversaires, de procéder à la restitution des biens litigieux et, à défaut pour eux d'observer cette obligation, l'existence de l'obligation de s'acquitter d'une astreinte. La production de la décision qui avait fait droit à la demande de restitution suffisait à cet égard puisqu'elle recelait par définition ladite preuve. Sauf à excéder les termes de l'article 1315, alinéa 1er, du code civil, aucune autre exigence ne pouvait être formulée à l'encontre du demandeur. Rien ne justifiait notamment que le succès de sa demande soit subordonné à la démonstration, par ses soins, de ce que ses adversaires n'avaient pas procédé à la restitution prescrite à leur charge (une telle preuve, souvent qualifiée de « négative », étant en outre susceptible de susciter d'importantes difficultés pratiques ; sur ce point, V. l'opinion émise par R. Perrot, note ss. Com. 2 oct. 2001, préc.). Dans la « mécanique » instaurée par l'article 1315, la preuve de l'exécution de l'obligation litigieuse, en l'occurrence l'obligation de restitution, incombait nécessairement aux débiteurs de ladite obligation, bien qu'ils fussent défendeurs à l'instance en liquidation de l'astreinte (en ce sens, égal., V., sur la question plus générale de la preuve de l'inexécution d'une obligation, J.-L. Mouralis, Preuve, Rép. civ. Dalloz, n° 990 s., qui confirme que le droit positif est fixé en ce sens que, conformément aux dispositions de l'art. 1315 c. civ., la preuve de l'exécution - ou non - d'une obligation, incombe au seul débiteur de ladite obligation, même s'il est présent dans la cause en qualité de défendeur à l'instance). L'article 1315, alinéa 2, du code civil commandait de raisonner de la sorte puisqu'il dispose que « *réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'exécution de son obligation* ». L'arrêt ruine donc - à notre avis logiquement - les espoirs de ceux qui, au prix d'une lecture hâtive de l'article 1315, persistent à plaider que la qualité de défendeur à l'instance offre une forme d'immunité - ou à tout le moins un certain confort - de nature à les préserver contre toute exigence en matière probatoire. Que les choses soient claires : dès lors qu'il conteste la dette alléguée à son encontre, le défendeur à l'instance doit assumer le fardeau de la preuve du bien fondé de sa contestation.

Troisième et dernière observation - ou plutôt question - que suscite l'arrêt : la solution énoncée est-elle circonscrite aux seules obligations de faire ou a-t-elle vocation à être également appliquée en présence d'astreintes assortissant une obligation de donner ou une obligation de ne pas faire ? En dépit de la formulation de l'arrêt, qui paraît circonscire la solution aux seules obligations de faire, la règle est à notre avis générale puisqu'elle se fonde sur un texte - l'article 1315 du code civil - qui n'opère aucune distinction en fonction de la nature de l'obligation en cause et qui formule au contraire une règle en termes généraux, par conséquent applicable à toute obligation (pour l'opinion inverse, V. cep., R. Perrot, obs. ss. Soc. 14 déc. 2005 préc.).

J.-D. B.

### 3 - Le banquier et la charge de la preuve

Au cours de l'année 2007, la Cour de cassation avait eu l'occasion d'accroître son exigence de motivation à l'égard des juges du fond statuant en matière d'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit (Cass., ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104 et n° 06-11.673, Bull. mixte, n° 7 ; D. 2007. AJ. 1950, obs. V. Avena-Robardet, Jur. 2081, note S. Piedelièvre, et 2008. Pan. 871, obs. H. Synvet et D. R. Martin ; RTD civ. 2007. 779, obs. P. Jourdain ; RTD com. 2007. 579, obs. D. Legeais ). En effet, par ces deux arrêts, la Chambre mixte avait consacré, pour déterminer le destinataire de l'obligation de mise en garde du banquier, la distinction entre emprunteur averti ou non averti, plus subtile à caractériser que

celle existant entre le professionnel et le non-professionnel. Ainsi un professionnel n'est-il pas nécessairement un emprunteur averti. Un arrêt de la chambre commerciale (**Com. 11 déc. 2007, n° 03-20.747**, Bull. civ. IV, n° 262 ; D. 2008. AJ. 220, obs. V. Avena-Robardet ; RTD com. 2008. 165, D. Legeais ; JCP 2008. II. 10055, obs. A. Gourio ; JCP E 2008. 1192, obs. D. Legeais) permet de préciser quelle partie doit rapporter la preuve de l'exécution de ce devoir du banquier. Alors que la cour d'appel avait considéré qu'il incombait aux emprunteurs de prouver que la banque n'avait pas satisfait à son devoir de conseil, l'arrêt est cassé en raison de l'inversion de la charge de la preuve. Il appartient donc au banquier de démontrer qu'il a accompli son devoir de mise en garde, ce qui devrait le conduire en pratique, à se préconstituer une preuve en faisant signer à son client un document d'information. La charge de la preuve pesait déjà sur le professionnel s'agissant du devoir d'information (ainsi pour le médecin, Civ. 1re, 25 févr. 1997, n° 94-19.685, D. 1997. Somm. 319, obs. J. Penneau ; RTD civ. 1997. 434, obs. P. Jourdain, et 924, obs. J. Mestre ; pour le souscripteur d'une assurance de groupe, Civ. 2e, 18 mars 2004, n° 03-11.273, D. 2004. IR. 1065). Le principe est étendu au banquier s'agissant du devoir de mise en garde.

T. V.

B - L'application des grands principes gouvernant le droit de la preuve

1 - Loyauté dans la recherche des preuves

*La preuve par SMS*

La frontière entre la liberté de la preuve et l'exigence de loyauté dans la recherche de celle-ci fluctue selon que l'on se trouve dans le champ du droit pénal ou celui du droit civil : de manière schématique, le principe de la liberté de la preuve prédomine en matière répressive alors que celui de la loyauté de la preuve, bien qu'aucun texte ne le consacre expressément, prime en droit civil. Ainsi, alors que l'enregistrement clandestin d'une conversation téléphonique permet à un particulier qui se plaint d'être la victime d'une infraction d'en caractériser les éléments matériels (Crim. 31 janv. 2007, n° 06-82.383, Bull. crim. n° 2 ; AJ pénal 2007. 144, obs. E. A. ; D. 2007. Chron. C. cass. 1817, obs. D. Caron et S. Ménotti ; RSC 2007. 331, obs. R. Filniez), le même procédé ne peut être admis en matière civile (**Soc. 23 mai 2007, n° 06-43.209**, Bull. civ. V, n° 85 ; D. 2007. Jur. 2284, note C. Castets-Renard ; RDT 2007. 530, obs. R. de Quenaudon ; RTD civ. 2007. 776, obs. B. Fages ; JCP 2007. II. 10140, note L. Weiller ; JCP E 2007. 2072, note C. Golhen ; JCP S 2007. 1601, note B. Bossu). Au-delà de cette confirmation, l'intérêt de cet arrêt de la chambre sociale réside dans la place qu'il réserve aux SMS : contrairement aux conversations téléphoniques, leurs auteurs ne peuvent ignorer qu'ils sont conservés sur le téléphone du destinataire. Dès lors, n'étant pas clandestin, leur enregistrement peut être produit en justice, y compris devant les juridictions civiles.

T. V.

*Loyauté de la preuve et droit de la concurrence*

Parmi les principes généraux applicables au droit de la preuve, celui tiré de la loyauté que l'on attend des protagonistes pourrait paraître aller de soi. Et pourtant ! Le Conseil de la concurrence avait refusé d'écarter à titre de preuve des enregistrements sonores obtenus de façon déloyale, suivant en cela une jurisprudence de la chambre criminelle (Cons. conc., 5 déc. 2005, n° 05-D-66, D. 2006. AJ. 225, obs. E. Chevrier, et Pan. 1380, obs. M. Bourassin, E. Claudel, A. Danis-Fatôme et B. Thullier ; AJ pénal 2006. 125, obs. G. Roussel ; RTD com. 2006. 325, obs. E. Claudel ; Crim. 15 juin 1993, Bull. crim. n° 210 ; D. 1994. Jur. 613, note C. Mascala ; comp. s'agissant de preuves obtenues par des procédés illicites, Cons. conc., 24 mai 1994, n° 94-D-30). Sur appel, la décision avait été confirmée par la cour d'appel de Paris (Paris, 19 juin 2007, CCC 2007, n° 244, obs. M. Malaurie-Vignal), pour qui, en l'absence de texte réglementant la production des preuves par les parties à l'occasion de procédures devant le Conseil de la concurrence, ce dernier, bénéficiant d'une autonomie procédurale tant à l'égard du droit judiciaire privé national qu'à l'égard du droit communautaire, et étant investi d'une mission de protection de l'ordre public économique, était à même d'apprécier la valeur

probante de l'enregistrement de communications téléphoniques. La solution avait bien évidemment attiré les réserves, voire la critique des spécialistes. La Cour de cassation est venue très heureusement dénouer le débat dans un attendu de principe : « *l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve* » (**Com. 3 juin 2008, n° 07-17.147**, D. 2008. AJ. 1687, obs. E. Chevrier). Il était difficile de dire au plus haut niveau de la hiérarchie judiciaire le contraire. Exit donc, devant le Conseil de la concurrence, toute preuve obtenue par un procédé illégal ou plus largement déloyal. L'article 6.1 de la Convention EDH commande la solution, au-delà de toute référence au code de procédure civile dont l'application en l'occurrence n'est pas encore pleinement acquise.

Ph. D.

2 - Le principe de la contradiction et la rectitude (extrême ?) prescrite à la charge de l'expert judiciaire

Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 13 mars 2008 illustre la vigueur du principe de la contradiction et la nécessité pour l'expert judiciaire d'observer ce principe en toutes circonstances.

Dans cette affaire, un expert judiciaire avait oeuvré de façon quelque peu solitaire en accomplissant, hors la présence de l'une quelconque des parties, diverses diligences destinées à procéder à des vérifications matérielles. L'expert s'était en outre abstenu d'exposer aux parties le résultat desdites vérifications, de sorte qu'il les avait privées de la possibilité de s'exprimer à ce sujet. Alléguant une violation du principe de la contradiction, l'une des parties sollicita l'« annulation » du rapport d'expertise. Les juges du fond se montrèrent sourds à cette thèse. Saisie de la question, la Cour de cassation accueillit en revanche le moyen (**Civ. 2e, 13 mars 2008, n° 07-13.412**, Juris-Data, n° 2008-043177).

Jusqu'à présent, la solution consistant à « annuler » un rapport d'expertise en raison du non-respect du principe de la contradiction avait surtout été consacrée dans des espèces où les diligences de l'expert avaient été accomplies en l'absence de l'une seulement des parties à la procédure d'expertise, de sorte que l'expert avait provoqué une rupture d'égalité au détriment de ladite partie (Civ. 2e, 28 févr. 2006, D. 2007. Pan. 1901, spéc. 1902, nos obs. ). Sans présenter de caractère fondamentalement novateur, l'arrêt ici examiné présente l'intérêt d'« invalider » un rapport d'expertise judiciaire dans un cas de figure légèrement différent, où les diligences de l'expert avaient été accomplies hors la présence de toutes les parties à l'instance, de sorte que l'attitude de l'expert avait préjudicié - au moins potentiellement - à chacune des parties et non simplement à l'une d'entre elles. L'apport de l'arrêt réside donc dans la confirmation de ce que, dès lors que l'expert judiciaire accomplit une diligence, il doit impérativement y associer l'ensemble des parties et leur offrir de façon concrète la possibilité de s'exprimer en temps utile sur la ou les conséquences qu'il entend tirer de ses constatations. A défaut, la violation du principe de la contradiction est caractérisée, de sorte que le rapport est susceptible d'être invalidé.

J.-D. B.

3 - L'hégémonie contestée de l'adage « nul ne peut se constituer un titre à soi-même » « *Nul ne peut se constituer un titre à soi-même* ». L'adage résonne quotidiennement dans les salles d'audience. Son usage (intensif) par les plaideurs n'est-il cependant pas excessif ? Son champ d'application ne doit-il pas être circonscrit aux seules questions qui ont trait à la preuve des actes juridiques, la liberté demeurant la règle pour administrer la preuve des faits juridiques.

Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 13 février 2007 (**Civ. 1re, 13 févr. 2007, n° 05-12.016**, Bull. civ. I, n° 60 ; RTD com. 2007. 540 , et 543, obs. F. Pollaud-Dulian ) nourrit la discussion sur ce point. L'arrêt consacre à cette occasion une thèse que cette formation avait déjà accueillie dans un passé récent (Civ. 1re, 1er févr. 2005 et 10

mai 2005, inédits, cités *in* La sentence nul ne peut se constituer de preuve à soi-même ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme, C. Mouly-Guillemaud, RTD civ. 2007. 253 s. ) et réserve expressément l'application du célèbre adage à la preuve des seuls actes juridiques.

Les faits sont relatés sur ce point de façon sommaire par l'arrêt, qui affirme de façon autoritaire que « ... *l'adage nul ne peut se constituer de preuve à lui-même n'est pas applicable à la preuve des faits juridiques...* ». Bien que le fondement de la solution demeure quelque peu obscur, l'arrêt a les honneurs d'une publication au *Bulletin*, ce qui n'avait pas été le cas des deux décisions aux termes desquelles la première chambre civile avait déjà statué dans ce sens (cf. : *supra*). Faut-il voir dans cette publication (porteuse de symbole) l'expression d'une volonté de promouvoir une solution qui suscite pour l'heure une adhésion limitée ? En effet, à l'instar de nombreux juges du fond, la chambre commerciale de la Cour de cassation adopte une position sensiblement différente de celle de la première chambre civile. Elle ne circonscrit pas le domaine de l'adage aux seuls actes juridiques et l'applique quel que soit l'objet de la preuve à administrer, qu'il s'agisse d'un acte juridique ou d'un fait juridique. La chambre commerciale a notamment consacré cette solution dans une espèce où le fait à démontrer était l'existence de pourparlers (Com. 31 janv. 2006, inédit, cité par C. Mouly-Guillemaud, art. préc.).

Plusieurs raisons invitent à privilégier la position de la chambre commerciale, en particulier la faiblesse du principal argument développé afin de faire échec à toute application de l'adage lorsqu'il s'agit d'administrer la preuve d'un fait juridique. Cet argument réside dans la prétendue incompatibilité dudit adage avec le principe selon lequel il est toujours possible d'administrer librement la preuve d'un fait juridique. Le principe de la liberté de la preuve - qui est certes très ancré dans le droit positif lorsqu'il s'agit de démontrer un fait juridique - ne saurait interdire d'enserrer dans certaines limites l'exercice de ladite liberté, qui ne saurait par exemple signifier qu'un plaideur peut faire abstraction du principe de loyauté dans la recherche de la preuve. Offrir à un plaideur la possibilité de se constituer ses propres pièces pour administrer la preuve d'un fait signifie lui offrir un espace de création qui nous paraît dangereux. Les praticiens percevront immédiatement les « dévoiements » qui sont susceptibles de résulter d'une telle marge de manoeuvre. A ce risque pratique évident s'ajoute le fait que la distinction entre « acte » et « fait » juridiques n'est pas toujours aisée (cf. : la sempiternelle question de la nature juridique du paiement). Nous formulons donc le voeu que le droit positif privilégie à l'avenir la solution consacrée par la chambre commerciale de la Cour de cassation, solution qui consiste à n'opérer aucune distinction suivant que la preuve à administrer porte sur un acte ou sur un fait juridique et à appliquer sans distinction l'interdiction de se constituer une preuve à soi-même.

J.-D. B.

## C - Preuve et officiers publics

### 1 - La preuve par constat d'huissier de justice

Quelle marge de manoeuvre peut s'accorder un huissier de justice afin d'établir un constat ? Ainsi qu'il a été mentionné plus haut (*supra* B), la liberté de la preuve, que l'article 427 du code de procédure pénale pose en termes de principe, est beaucoup plus réduite en matière civile, où prévaut celui de la loyauté dans la recherche des preuves. Ainsi, devant les juridictions pénales, la retranscription d'une conversation téléphonique, dans un procès-verbal d'huissier de justice, peut être produite par un particulier qui s'est constitué partie civile pour usage d'une attestation inexacte (Crim. 31 janv. 2007, n° 06-82.383, Bull. crim. n° 27 ; D. 2007. Chron. C. cass. 1817, obs. D. Caron et S. Ménotti ; AJ pénal 2007. 144, obs. E. A. ; RSC 2007. 331, obs. R. Filniez ). L'huissier de justice peut ainsi établir dans un constat une conversation au profit d'une partie privée alors qu'un officier de police judiciaire ne peut pour sa part retranscrire des propos qui lui sont tenus en aparté par une personne en garde-à-vue (Crim. 3 avr. 2007, n° 07-80.807, Bull. crim. n° 102 ; D. 2007. AJ. 1422, et Chron. C. cass. 1817, obs. D. Caron et S. Ménotti ; AJ pénal 2007. 285, obs. G. Royer ). Il en va tout autrement lorsque le constat est destiné à être produit devant une juridiction civile. En ce cas, la retranscription dans un constat de la conversation téléphonique relève d'un procédé déloyal

rendant irrecevable la preuve ainsi obtenue (Soc. 29 janv. 2008, n° 06-45.814 ; 23 mai 2007, n° 06-43.209, Bull. civ. V, n° 85, commenté *supra* C). De même ne saurait-il employer de stratagème afin de pouvoir constater ce que lui demande son client (**Soc. 18 mars 2008, n° 06-40.852**, D. 2008. AJ. 993, et Pan. 2306, obs. I. Desbarats ; Procédures 2008. 137, note R. Perrot). En l'espèce, à la demande du gérant d'un magasin, l'huissier de justice avait demandé à des tiers de procéder à des achats en espèces afin de pouvoir démontrer que la vendeuse gardait pour elle les recettes qui en résultaient. Ce « *stratagème pour confondre la salariée* », selon les termes de la Cour de cassation, disqualifiait *ipso facto* cette preuve. Il va de soi que cette marge de manoeuvre n'est plus limitée lorsque l'huissier de justice agit dans le cadre d'une expertise *in futurum* : en ce cas, le problème de licéité ne porte plus sur l'acte de l'huissier de justice mais sur l'ordonnance qui l'a prévu. Ainsi, agissant en exécution d'une ordonnance sur requête, l'huissier de justice peut accéder à la messagerie électronique d'un salarié, dès lors que la décision judiciaire l'a prévu (Soc. 23 mai 2007, n° 05-17.818, Bull. civ. V, n° 84 ; D. 2007. AJ. 1590, obs. A. Fabre ; RTD civ. 2007. 637, obs. R. Perrot ; RDT 2007. 590, obs. R. de Quenaudon ; JCP E 2007. 2228, note. J. Raynaud ; CCC 2007, Comm. n° 213, obs. M. Malaurie-Vignal). Ce recours au référé probatoire permet ainsi à l'employeur, en accédant aux messages de son salarié, d'accomplir ce qu'il n'aurait pu faire de son propre chef (Soc. 2 oct. 2001, n° 99-42.942, Bull. civ. V, n° 291 ; D. 2001. Entretien 3286, P. Langlois, Jur. 3148, note P.-Y. Gautier, et 2002. Pan. 2296, obs. C. Caron ; RTD civ. 2002. 72, obs. J. Hauser ). On signalera, pour conclure s'agissant des huissiers de justice, que la garde des Sceaux a annoncé au mois de décembre dernier un renforcement de la valeur probatoire de leurs constats. Si ceux-ci n'ont encore valeur que de simples renseignements (art. 1er de l'ord. n° 45-2592 du 2 nov. 1945), il est annoncé un renforcement à venir de leur valeur probante, lorsqu'ils auront été établis en présence de ceux à qui ils sont opposés.

## 2 - La preuve par acte notarié

S'agissant des notaires, on notera deux arrêts précisant la place à accorder à la signature des parties par rapport à celle du notaire : si l'acte notarié qui n'est pas signé par les parties est entaché de nullité absolue (**Civ. 1re, 12 juill. 2007, n° 06-10.362**, Bull. civ. I, n° 267 ; D. 2007. AJ. 2161 ; AJDI 2007. 862 ), il n'est en revanche pas nécessaire que les parties paraphent les annexes (Cass., ch. mixte, 16 nov. 2007, n° 03-14.409, Bull. mixte n° 11 ; D. 2007. AJ. 3009, obs. A. Lienhard, et 2008. Pan. 2104, obs. P. Crocq ; RTD com. 2008. 168, obs. D. Legeais ; JCP 2008. II. 10019). Cette solution, qui n'était pas évidente au regard des textes (Décr. n° 71-941, art. 14, al. 5), apporte une simplification bienvenue s'agissant du formalisme des actes notariés. Un autre arrêt (**Civ. 3e, 27 févr. 2008, n° 07-10.222**, Bull. civ. III, n° 35 ; D. 2008. AJ. 783) mérite de retenir l'attention en ce qu'il énonce que si la quittance d'une somme payée en-dehors de la comptabilité du notaire ne fait foi que jusqu'à preuve contraire, celle-ci ne peut être rapportée que dans les conditions prévues par les articles 1341 et suivants du code civil. L'intérêt de cet arrêt sur le plan probatoire est double : en premier lieu, il rappelle que les mentions d'un acte authentique, qui comme au cas d'espèce, ne font que relater les déclarations des parties, n'ont pas valeur authentique et ne font foi que jusqu'à preuve contraire (s'agissant de précédents proches du cas d'espèce : Civ. 1re, 5 déc. 1995, n° 93-19.603, Bull. civ. I, n° 449 ; Civ. 3e, 7 mars 1973, n° 71-12.595, Bull. civ. III, n° 185). En outre, alors que la Cour de cassation analyse désormais le paiement comme un fait susceptible d'être rapporté par tous moyens (Civ. 1re, 6 juill. 2004, n° 01-14.618, Bull. civ. I, n° 202 ; D. 2004. AJ. 2498, obs. C. Rondey ; RTD com. 2004. 798, obs. D. Legeais ; 5 juill. 2005, n° 03-18.109), il n'en va pas de même lorsque ce paiement est constaté par une quittance. En ce cas, la partie qui prétend n'avoir pas été payée ne doit plus seulement prouver l'absence de paiement mais le caractère erroné de la quittance de ce paiement que constitue l'acte notarié. Cette preuve ne peut être faite que par écrit, ou par un commencement de preuve par écrit avec une preuve complémentaire.

T. V.

## D - Preuve et droit des personnes et de la famille

En matière de régimes matrimoniaux, la Cour de cassation rappelle aux juges du fond que l'existence d'un compte joint entre époux séparés de biens n'empêche pas l'un d'eux de

revendiquer la propriété exclusive des sommes qui y figurent (**Civ. 1re, 2 avr. 2008, n° 07-13.509**, Bull. civ. I, n° 102 ; D. 2008. Pan. 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2008. 259, obs. P. Hilt ). Ainsi, lors du règlement de la succession, les enfants issus du premier mariage du défunt peuvent rapporter la preuve par tous moyens que les sommes déposées sur un compte joint du défunt et de sa seconde épouse n'appartenaient pas à cette dernière. Dans cette affaire, la cour d'appel, estimant que le dépôt de sommes d'argent sur le compte joint par le mari défunt procédait d'une contribution aux charges du mariage, avait refusé d'examiner la preuve apportée par l'enfant du premier lit sur l'origine exclusive des fonds déposés. La Cour de cassation censure la cour d'appel et oblige ainsi les juges du fond à déterminer l'origine des deniers.

En dépit des critiques doctrinales (V. par ex., Dr. fam. 2008, Comm. n° 35, obs. P. Murat), la Cour de cassation maintient sa jurisprudence s'agissant de la charge de la preuve en cas de demande de suppression de la contribution à l'entretien de l'enfant (Civ. 1re, 9 janv. 2008, n° 06-19.581, Bull. civ. I, n° 1 ; D. 2008. AJ. 353 ; AJ fam. 2008. 119, obs. F. C. ). Il appartient au débiteur de la pension de démontrer que l'enfant n'est plus à la charge de l'autre parent. Quoique sévère et pour cette raison critiquée, cette jurisprudence est cependant inévitable en l'état actuel des textes (D. 2007. Pan. 1901, nos obs., I, 1 ).

Bien que les revues juridiques s'en soient largement fait l'écho (D. Turpin, La loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile : précisions techniques et symboles républicains, D. 2008. Chron. 930 ; J.-L. Halpérin, De la violence législative, D. 2007. Point de vue 2957 ; D. 2008. Actu. lég. 214, obs. E. Royer ; AJDA 2008. 141, obs. O. Lecucq ; RTD civ. 2008. 169, obs. J. Rochfeld ; JCP 2008. I. 100, obs. F. Terré ; Dr. fam. 2008, Etude n° 7, obs. C. Bidaud-Garon), mentionnons pour mémoire l'article 13 de la loi du 20 novembre 2007, relative à l'immigration, à l'intégration et à l'asile qui permet aux étrangers originaires de certains pays (déterminés par décret en Conseil d'Etat) ou aux autorités consulaires françaises, dans le cadre d'une procédure de regroupement familial, de demander la réalisation d'un test ADN, aux frais de l'Etat français, lorsque l'acte d'état civil fait défaut ou soulève un doute sérieux sur son authenticité. Ce texte, que le Conseil constitutionnel (Cons. const., 15 nov. 2007, n° 2007-557 DC, JO 21 nov. ; D. 2008. Pan. 1435, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat , et 2025, obs. V. Bernaud et L. Gay ; F. Mélin-Soucramanien, Le Conseil constitutionnel défenseur de l'égalité républicaine contre les « classifications suspectes », D. 2007. Point de vue 3017 ; AJDA 2007. 2172 ) a assorti de deux réserves d'interprétation, notamment pour enjoindre aux autorités consulaires de vérifier la validité et l'authenticité de l'acte d'état civil du demandeur avant de lui proposer l'identification ADN, introduit ainsi un nouveau cadre probatoire pour l'établissement du lien de filiation par empreinte génétique.

T. V.

II - Les principes probatoires propres aux droits personnels

A - La preuve des actes juridiques

1 - La mention écrite exigée à l'article 1326 peut-elle être dactylographiée ?

La mention manuscrite n'est plus nécessairement manuscrite ! On ne saurait ne pas rappeler cette décision commandée il est vrai par les termes de la loi du 13 mars 2000 n'exigeant plus du débiteur qu'une mention dont il soit « lui-même » l'auteur. Ce que dit la Cour de cassation n'est donc pas surprenant : *« Il résulte de l'article 1326 que si la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres, écrite par la partie même qui s'engage, n'est pas nécessairement manuscrite, elle doit alors résulter, selon la nature du support, d'un des procédés d'identification conforme aux règles qui gouvernent la signature électronique ou de tout autre procédé permettant de s'assurer que le signataire est le scripteur de la mention »* (**Civ. 1re, 13 mars 2008, n° 06-17.534**, à paraître au *Bulletin* ; D. 2008. AJ. 911, obs. I. Gallmeister, Jur. 1956, note I. Maria, et Chron. C. cass. 2363, obs. P. Chauvin et C. Creton ; RTD civ. 2008. 302, obs. B. Fages ; JCP 2008. II. 10081, note E. Putman, et I. 152, n° 4, obs. P. Simler).

Il appartiendra donc à la cour de renvoi de s'assurer que l'auteur de la signature et de la

mention, en l'occurrence dactylographiée sont bien la même personne. Mais comment ? On est curieux de le savoir, étant entendu que la charge et donc le risque de cette preuve devraient peser sur le créancier (art. 1315, al. 1er, c. civ.).

Ph. D.

## 2 - Défaut de signature et gestion d'affaires

Un arrêt de la Cour de cassation sur la rémunération des généalogistes est porteur d'un double intérêt quant aux règles de preuve en matière d'acte sous seing privé et de gestion d'affaires (**Civ. 1re, 16 janv. 2007, n° 05-19.832**, Bull. civ. I, n° 22 ; Rép. civ. Dalloz, Gestion d'affaires, n° 63, P. Le Tourneau ; Dr. fam., 2007, Comm. n° 195, obs. E. Naudin). Tout d'abord, il rappelle qu'un document ne peut valoir acte sous seing privé qu'à la condition d'être signé par la partie à laquelle on l'oppose, exigence qui ne peut être suppléée par l'apposition de la mention « *lu et approuvé* ». Tout au plus, un tel document ne saurait-il valoir que commencement de preuve par écrit qui appellerait à être complété, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. A défaut de pouvoir agir sur un fondement contractuel, le généalogiste demandait que son droit à rémunération lui soit à tout le moins reconnu sur le fondement de la gestion d'affaires. Las ! Le généalogiste n'était pas au bout de ses difficultés de preuve car il lui incombait alors de démontrer que son intervention aurait pu être utile, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, la cour d'appel ayant estimé que l'héritière était amenée à connaître l'existence de la succession, sans même l'intervention de celui-ci.

T. V.

## 3 - La valeur du silence : qui ne dit mot ne consent pas

Que vaut le silence opposé à l'allégation d'un fait ? La Cour de cassation (**Civ. 1re, 24 mai 2007, n° 06-18.218**, Bull. civ. I, n° 209 ; D. 2007. AJ. 1667, et Pan. 2690, obs. M. Douchy-Oudot) y répond par un arrêt rendu en matière de contentieux familial mais dont la solution, sans être propre à ce seul domaine (Rép. com. Dalloz, Courtiers, n° 116), suscite cependant la curiosité. En l'espèce, une épouse en instance de divorce alléguait, à l'appui de sa demande de prestation compensatoire, que son mari avait divers éléments caractéristiques d'une fortune (chevaux et bateau de prix), sans que celui-ci l'ait reconnu ni contesté. Si l'on croyait que le juge pouvait tenir pour exacts les faits non contestés, la Cour de cassation y apporte un démenti par un bref attendu selon lequel « *le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne vaut pas à lui seul reconnaissance de ce fait* ».

Que vaut le silence opposé à une modification apparente des prestations contractuelles ? Vaut-il preuve de l'accord du cocontractant ? Là encore, la Cour de cassation refuse de prêter au silence une signification qu'il ne recèle pas nécessairement (Civ. 3e, 26 sept. 2007, n° 06-17.467). Un architecte s'étant vu confier la maîtrise d'oeuvre pour la construction d'appartements, le maître d'ouvrage découvre en cours de réalisation que les planchers ne sont pas réalisés dans la matière convenue. L'architecte faisant valoir que le maître d'ouvrage ne s'était pas opposé à cette modification des prestations alors même qu'il avait assisté aux réunions de chantier et qu'il s'était vu remettre une notice descriptive mentionnant ce nouveau matériau. Ce silence, qui peut avoir une signification équivoque, ne vaut pas pour autant acceptation. Dans un autre arrêt rendu dans une affaire topique de vente de vin de Bordeaux à l'agrèage, la Cour de cassation a précisé que si le silence d'une partie ne permettait pas en soi de prouver la renonciation aux dispositions d'un texte, une telle renonciation pouvait cependant être tacite dès lors que les circonstances établissaient de manière non équivoque une volonté en ce sens (Civ. 1re, 12 juill. 2007, n° 05-11.791, Bull. civ. I, n° 273 ; D. 2007. AJ. 2235 ). Un silence peut être parlant, mais jamais seul...

T. V.

#### 4 - Impossibilité morale de pré-constituer un écrit

L'actualité nous permet d'en donner plusieurs exemples sur une toile de fond très réaliste. Les premiers sont négatifs :

- Paris (25e ch. B, 14 mars 2008, Juris-Data, n° 2008-359.585) : des relations de collègues de travail entre responsables d'une même classe ne peuvent caractériser l'impossibilité morale de procurer un écrit au sens de l'article 1348 ;

- Bordeaux (1re ch. B, 27 nov. 2007, Juris-Data, n° 2007-349.933) : une relation intime avec l'intéressée et la situation financière délicate de celle-ci ne permet pas de caractériser l'impossibilité morale au sens de l'article 1348, d'autant que la prétendue emprunteuse était exploitante d'un commerce de chaussures et habituée aux pratiques commerciales ;

- Aix-en-Provence (1re ch. B, 8 nov. 2007, Juris-Data, n° 2007-349.943) : une relation de confiance n'est pas suffisante pour caractériser une impossibilité morale de constituer un écrit ;

- **Aix-en-Provence (15e ch. B, 21 juin 2007, Juris-Data, n° 2007-342109)** : l'impossibilité morale invoquée par l'appelant d'exiger un écrit de son épouse ne peut être sérieusement admise au regard de sa qualité de dirigeant social éminemment rompu au monde des affaires et à même d'obtenir de cette épouse une cession de parts en contrepartie des avantages prétendument accordés durant la vie conjugale ; un homme d'affaires n'est donc pas censé faire de sentiment !

Les autres exemples d'impossibilité morale sont, cette fois, positifs, étant observé que ce sont surtout dans les relations de famille - la paix des familles serait-elle une réalité ? - que les juges se montrent favorables au jeu de l'article 1348 :

- Aix-en-Provence (1re ch. A, 15 janv. 2008, Juris-Data, n° 2008-357.775) : des liens de parenté et d'affection rendent impossible aux parents de demander à leur fille un écrit constatant un prêt ;

- Rennes (1re ch. B, 18 janv. 2008, Juris-Data, n° 2008-357.767) : des relations anciennes et étroites d'amitié confirmées par la circonstance que l'une des parties est la marraine du fils de l'autre partie impliquent une impossibilité morale d'obtenir préalablement à la remise de fonds une reconnaissance de dette ;

- Rennes (1re ch. B, 2 nov. 2007, Juris-Data, n° 2007-351.693) : des liens d'amitié doublés de liens familiaux, l'une des parties étant l'oncle paternel et le parrain de l'autre, excluent toute possibilité d'établir par écrit un prêt ;

- Caen (1re ch., 15 nov. 2007, Juris-Data, n° 2007-347.271) : X pouvait croire pouvoir s'abstenir de se pré-constituer une preuve écrite de l'engagement de son frère de payer les loyers et charges à sa place.

Ph. D.

#### 5 - Preuve de la libération du débiteur par la remise de l'acte original

La remise volontaire du titre original sous signature privée constatant la créance établit la libération du débiteur (art. 1282 c. civ.). Quoi que plus logique ! Si le créancier se dessaisit librement et en connaissance de cause de l'instrument qui est censé le protéger, il est permis de penser qu'il a reçu satisfaction ou encore qu'il a décidé de renoncer à son droit. Cependant, la balle n'est pas alors tout à fait dans son camp, car il appartient au débiteur d'établir la remise du titre et son caractère volontaire. La chose n'est toutefois pas insurmontable. Ainsi l'emprunteur qui verse aux débats l'original de la reconnaissance de dette portant la mention manuscrite : « *Opération annulée. Affaire régularisée* » n'a plus rien à craindre. Il justifie bien de sa libération (V. **Paris, 2e ch. A, 19 déc. 2007, n° 05/07064, Y. Le Plomb c/ M. Couty** ; pour un autre exemple d'application de l'art. 1282 intéressant une caution, Civ. 1re, 14 févr.

2008, n° 06-17.285).

Ph. D.

#### 6 - Vers une réhabilitation prétorienne de la sommation interpellative ?

La chambre sociale de la Cour de cassation a manifesté à plusieurs reprises une hostilité certaine à l'égard de la méthode qui consiste à administrer la preuve d'un fait au moyen d'une sommation interpellative (cf. nos obs. ss. Soc. 28 avr. 2006, D. 2007. Pan. 1901, spéc. 1908 ). Cette hostilité ne nous paraît pas justifiée et les arguments développés pour faire échec à la pratique des sommations interpellatives sont à notre avis inopérants.

Un récent arrêt de la première chambre civile prône une approche différente de celle de la chambre sociale, dans une espèce qui suscitait une question relative à la démonstration, non pas d'un fait juridique, mais d'un acte juridique.

Une personne physique sollicitait le remboursement du prêt qu'elle avait accordé à une autre. Afin de démontrer la réalité de sa créance, le prêteur avait fait délivrer à l'emprunteur une sommation interpellative, à laquelle ce dernier avait répondu en formulant une proposition de remboursement échelonné. L'arrêt (non-publié) ne permet pas de déterminer ce qui a permis en l'espèce aux juges du fond de dispenser le créancier d'observer les règles de preuve fixées par l'article 1341 du code civil pour administrer la preuve du prêt qu'il alléguait. Quoi qu'il en soit, les juges du fond firent droit à la demande de remboursement du prêteur en se fondant notamment sur le procès-verbal dressé par l'huissier qui avait instrumenté à l'occasion de la sommation interpellative. La pertinence de ce raisonnement fut soumise à la première chambre civile, qui fit observer que la cour d'appel avait souverainement apprécié la valeur probante de la sommation interpellative produite aux débats par le prêteur : « *Attendu que la cour d'appel, par motifs propres et adoptés, après avoir retenu que M. X... ne contestait pas la remise des fonds par Mme Y..., a considéré que la preuve de l'existence d'un prêt était établie dès lors que celui-ci, en réponse à la sommation interpellative qui lui avait été adressée, avait proposé un échéancier de remboursement...* » (**Civ. 1re, 7 mai 2008, n° 06-21.246**, inédit). Formulé de la sorte, l'arrêt paraît préserver l'avenir de la sommation interpellative, dont l'utilité pratique est incontestable.

J.-D. B.

#### 7 - Au diable le formalisme prescrit pour la rédaction des attestations !

La question examinée le 21 février 2008 par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation présente un caractère terriblement banal. Un plaideur produisait aux débats une attestation. Celle-ci était imparfaite en ce qu'elle n'observait pas l'intégralité des conditions de forme prescrites par l'article 202 du code de procédure civile. Le juge du fond refusa pour cette raison précise d'apprécier la pertinence de son contenu. La décision - en l'occurrence un jugement émanant d'un tribunal d'instance - fut déférée à la Cour de cassation, qui la censura sans surprise en faisant observer « *... qu'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* » (**Civ. 2e, 21 févr. 2008, n° 08-60.022**, Juris-Data, n° 2008-042961). Cette décision ne signifie bien évidemment pas qu'un juge est impérativement tenu de se fonder sur une attestation formellement imparfaite. Cela signifie simplement que, lorsqu'un juge décide d'écarter des débats une attestation formellement imparfaite, il doit motiver sa décision en invoquant une circonstance autre que la seule violation des dispositions de l'article 202 du code de procédure civile. Nombreuses sont en effet les décisions qui affirment depuis très longtemps qu'une attestation formellement imparfaite peut, à certaines conditions (qu'il appartient au juge saisi d'apprécier), conserver une certaine pertinence.

L'arrêt constitue donc sur ce point un utile rappel à l'ordre.

J.-D. B.

## B - La preuve des faits juridiques

1 - Les mesures d'instruction *in futurum* et la limite temporelle au-delà de laquelle elles ne peuvent plus être ordonnées : la mesure semble définitivement dite

Parmi les diverses conditions qui subordonnent la mise en oeuvre d'une mesure d'instruction *in futurum*, l'article 145 du code de procédure civile exige que la demande soit formulée « ... *avant tout procès...* ». Nous avons précédemment relaté l'évolution du droit positif sur le sujet, évolution qui est plus particulièrement incarnée par un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 28 juin 2006 (D. 2007. Pan. 1901, spéc. 1907, et nos obs. ). Depuis cet arrêt, il est acquis que la condition précitée s'apprécie à la date de la saisine du juge du premier degré et non à la date à laquelle le juge (de premier degré ou d'appel) statue sur la possibilité d'appliquer l'article 145.

Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (**Civ. 2e, 8 mars 2007, n° 06-12.403**, Juris-Data, n° 2008-037829) conforte cette solution, dont l'avenir paraît d'autant plus radieux qu'elle séduit l'immense majorité des juges du fond. A cet égard, le message délivré par la deuxième chambre civile pour la seconde fois à quelques mois d'intervalle est (à nouveau) formulé dans des termes limpides : « ... *l'absence d'instance au fond, qui constitue une condition de recevabilité de la demande, devait s'apprécier à la date de saisine du premier juge...* ».

J.-D. B.

2 - L'article 145 du code de procédure civile exprime à nouveau sa domination face au « secret des affaires »

Nouvel épisode de la « guerre » qui oppose régulièrement le « secret des affaires » à la transparence inhérente aux mesures d'instruction *in futurum*. Nombreux sont les plaideurs qui pensent pouvoir faire échec à une mesure d'instruction (en particulier une expertise judiciaire) en objectant simplement qu'une telle mesure affectera nécessairement le « secret des affaires ». Dans un précédent panorama, nous avons mis en lumière l'inanité de cet argument, auquel la Cour de cassation n'adhère du reste pas (cf. : nos obs. ss. Civ. 2e, 8 févr. 2006, D. 2007. Pan. 1901, spéc. 1907 ). Un arrêt de la cour de Paris du 7 mai 2008 conforte l'édifice jurisprudentiel en ce qu'il confirme que « ... *le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que les mesures ordonnées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits des parties qui les a sollicitées* » (**Paris, 7 mai 2008, n° 2007-063959**, inédit). Cette motivation constitue la reprise pure et simple de celle de l'arrêt de la deuxième chambre civile du 8 février 2006.

J.-D. B.

3 - En cas de conflit de lois, le « motif légitime » qui subordonne toute mesure d'instruction *in futurum* s'apprécie-t-il au regard du droit français ou au regard du droit (par hypothèse) étranger qui a vocation à gouverner le fond de l'affaire ?

Cette délicate question a été récemment appréhendée par la première chambre civile de la Cour de cassation, qui a statué dans un sens favorable à l'examen de cette condition à la lumière du seul droit français (**Civ. 1re, 4 juill. 2007, n° 04-15.367**, Bull. civ. I, n° 255 ; D. 2007. AJ. 2112).

Dans cette affaire, une société française alléguait être victime d'une rupture brutale de la relation commerciale qu'elle avait nouée avec une société allemande, à qui elle imputait en outre des pratiques constitutives de discrimination. Désireuse de nourrir sa thèse à l'aide d'une mesure d'instruction *in futurum*, la société française sollicita en référé la désignation d'un expert. Son adversaire lui objecta qu'au regard du droit allemand - qu'il estimait seul applicable en l'espèce - les griefs formulés par la société française étaient vains, de sorte que

cette dernière ne pouvait revendiquer un « *motif légitime* » au sens de l'article 145 du code de procédure civile, texte qui ne pouvait par conséquent permettre d'ordonner l'expertise sollicitée. Les juges du fond furent sensibles à l'argument de la société allemande. Après avoir admis l'applicabilité du droit allemand en l'espèce, ils prescrivirent en effet à la société française de produire aux débats les textes allemands (et leur traduction) susceptibles de fonder ses griefs. Saisie de la difficulté, la première chambre civile censura ce raisonnement en faisant observer de façon péremptoire que « ... *la mise en oeuvre de mesures d'instruction sur le fondement de l'article 145 du nouveau code de procédure civile est soumise à la loi française et n'impose pas au juge de caractériser le motif légitime d'ordonner une mesure d'instruction au regard de la loi susceptible d'être appliquée à l'action au fond qui sera éventuellement engagée...* ».

Le sentiment que cette solution suscite *prima facie* est un malaise, lié à son incompatibilité avec la définition « classique » de la notion de « *motif légitime* ». Le « *motif légitime* » qui subordonne l'application de l'article 145 implique en effet que la mesure d'instruction sollicitée soit « utile », ce qui ne peut être le cas lorsqu'il apparaît *ab initio* que la thèse du demandeur est de toute évidence vouée à l'échec. L'examen du caractère « utile » d'une mesure d'instruction implique donc d'apprécier l'existence d'un éventuel obstacle rédhibitoire (prescription, forclusion, autorité de la chose jugée, ...) susceptible de faire échec à l'exercice ultérieur d'une action devant le juge du fond. En 2002, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait par exemple approuvé les juges du fond d'avoir examiné le caractère utile d'une mesure d'instruction *in futurum* après avoir fait observer que « ... *l'évidente irrecevabilité d'une action future ferait obstacle à ce que soit constatée l'existence d'un motif légitime* » (Com. 2 juill. 2002, n° 99-10.289, Juris-Data, n° 2002-015377). Or, lorsqu'une mesure d'instruction *in futurum* est sollicitée dans une espèce qui suscite un conflit de lois, la vérification du caractère « utile » de la mesure sollicitée n'est possible - et n'a de sens - que pour autant que le juge apprécie cette condition à la lumière du droit applicable sur le fond, ce qui implique naturellement qu'il résolve au préalable le conflit de lois que génère l'affaire dont il est saisi.

Outre que le fondement de la solution consacrée par l'arrêt demeure obscur, son application est de nature à susciter des situations pour le moins étranges. Dans certaines hypothèses, une mesure d'instruction « *in futurum* » sera par exemple ordonnée, sans même que le juge prenne le soin d'apprécier son utilité effective, faute pour ce dernier d'avoir appréhendé la question du droit applicable et des éventuelles obstacles rédhibitoires susceptibles de résulter de ce droit. Les plaideurs qui auront financé une expertise ordonnée en application de l'article 145 du code de procédure civile en consentant parfois un effort financier significatif pendant plusieurs années et qui, après la saisine du juge du fond, verront leur adversaire leur objecter de façon pertinente qu'au regard du droit étranger applicable, les demandes qu'ils formulent se heurtent à un obstacle rédhibitoire, mesureront la nocivité de la solution que consacre l'arrêt...

J.-D. B.

4 - La primauté de l'article 145 du code de procédure civile sur la clause de conciliation préalable : une solution à nuancer

Lorsqu'un contrat stipule une procédure de conciliation préalable, une fin de non-recevoir peut être invoquée à l'encontre du cocontractant qui saisit de façon hâtive le juge du fond, sans même observer la procédure de conciliation préalable. Une sanction identique doit-elle être appliquée lorsque le cocontractant impétueux saisit, non pas le juge du fond, mais un juge des référés (ou un juge des requêtes) et qu'il invite ce dernier à ordonner une mesure d'instruction *in futurum* en application de l'article 145 du code de procédure civile ? La troisième chambre civile de la Cour de cassation répond à cette question par la négative, aux termes d'un arrêt du 28 mars 2007 (**Civ. 3e, 28 mars 2007, n° 06-13.209**, Bull. civ. III, n° 43 ; D. 2007. AJ. 1147 ; RDI 2007. 355, obs. P. Malinvaud ; RTD civ. 2007. 807, obs. P. They ).

Dans cette espèce, des désordres affectaient une maison dont l'édification avait été confiée à

un maître d'oeuvre, en l'occurrence un architecte. Le contrat conclu par les parties stipulait qu'en cas de litige relatif à l'exécution dudit contrat, ces dernières devaient solliciter l'avis préalable du conseil régional de l'ordre des architectes, avant même de saisir une juridiction. Le maître de l'ouvrage fit abstraction de cette stipulation et introduisit une procédure de référé expertise à l'encontre de l'architecte. Ce dernier objecta qu'à défaut d'avoir observé la procédure de conciliation préalable, aucune expertise ne pouvait être ordonnée. L'argument fut rejeté par les juges du fond, dont le raisonnement fut ensuite approuvé par la Cour de cassation, qui fit observer que « ... *la cour d'appel a exactement retenu, par motifs propres et adoptés, que la clause instituant, en cas de litige portant sur l'exécution du contrat d'architecte, un recours préalable à l'avis du conseil régional de l'ordre des architectes, n'était pas applicable à l'action des époux Claverie fondée sur l'article 145 du nouveau code de procédure civile dans le but de réunir des preuves...* ».

La solution doit à notre avis être approuvée en ce qu'elle préserve l'effet utile de l'article 145. Toute autre analyse interdirait en effet à une partie contractuellement tenue d'observer un préalable de conciliation - situation de plus en plus fréquente - de solliciter une mesure d'instruction *in futurum* par la voie d'une requête car l'effet de surprise (parfois indispensable à la recherche efficace de certaines preuves) disparaîtrait *ipso facto*. L'obligation de mettre en oeuvre la procédure préalable de conciliation offrirait en effet au défendeur toute latitude pour dissimuler, pendant ladite procédure préalable, des éléments que seule une mesure soudaine aurait permis d'appréhender.

Dernière question qui mérite d'être examinée : la solution a-t-elle vocation à être appliquée, quelle que soit la formulation de la clause de conciliation ou doit-elle être circonscrite aux seuls cas où la clause de conciliation est rédigée dans des termes qui fixent son domaine d'application de façon limitative et concernent uniquement les actions exercées devant le juge du fond (comme cela était, semble-t-il, le cas dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt examiné). Le fait que la Cour de cassation prenne ici le soin de reproduire les termes précis de la clause litigieuse et ponctue son analyse en affirmant que ladite clause était en l'espèce « *inapplicable* » en cas de demande fondée sur l'article 145 du code de procédure civile suggère qu'elle aurait peut-être raisonné différemment, si la clause de conciliation préalable avait été rédigée dans des termes différents et avait par exemple visé la saisine de toute juridiction, quelle qu'elle soit et quelle que soit la finalité - probatoire ou non - d'une telle saisine.

J.-D. B.

5 - Le secret bancaire résiste (toujours) aux assauts de l'article 145 du code de procédure civile

Le secret auquel l'article L. 511-33 du code monétaire et financier assujettit tout banquier interdit-il à un plaideur de solliciter de ce dernier, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, la communication d'informations et/ou de pièces afférentes à l'un des clients de ce même banquier ?

Saisie de la question, la cour de Colmar y répond par la négative (**Colmar, 7 juin 2007**, Juris-Data, n° 2007-341842). En raisonnant de la sorte, cette juridiction s'inscrit dans un courant jurisprudentiel désormais puissant, qui prend notamment appui sur une succession de décisions qui émanent pour l'essentiel de la chambre commerciale de la Cour de cassation (Com. 16 janv. 2001, Bull. civ. IV, n° 12 ; D. 2001. AJ. 545, obs. A. Lienhard, et 2003. Somm. 340, obs. H. Synvet ; 10 déc. 2002, LPA 17 déc. 2002. ; 25 févr. 2003, Bull. civ. IV, n° 26 ; D. 2003. AJ. 1162, obs. V. Avena-Robardet ; RTD civ. 2003. 477, obs. J. Hauser ; RTD com. 2003. 343, obs. D. Legeais ; en ce sens égal., Paris, 4 déc. 2002, Juris-Data, n° 2002-205140 ; 31 oct. 2003, Juris-Data, n° 2003-230000).

L'arrêt intervient dans une espèce où les héritiers d'une caution décédée avaient vainement sollicité d'une banque la fourniture amiable de pièces et informations relatives au débiteur principal, qui constituait l'un des clients de la banque ainsi interrogée. Face au refus de cette dernière, les héritiers de la caution décédée réitérèrent leur demande devant le juge des référés en invoquant l'article 145 du code de procédure civile. Nouveau refus, judiciaire cette

fois. L'ordonnance de référé fut frappée d'appel devant la cour de Colmar, qui la confirma au motif que « ... *la mesure d'instruction revendiquée, qui aurait pour effet d'enfreindre le secret bancaire, prévu par l'article L. 511-33 du code monétaire et financier et opposable au juge civil, n'est pas légalement admissible au sens de l'article 145 du nouveau code de procédure civile...* ». Pour mieux asseoir la solution, la cour de Colmar fit observer à titre surabondant que les héritiers de la caution décédée disposaient en outre de voies alternatives pour obtenir les informations qu'ils sollicitaient.

La solution que consacre cet arrêt est saine et fondée. Rien dans la « mécanique » de l'article 145 ne justifie en effet que soit instaurée une (nouvelle) exception prétorienne aux cas très circonscrits dans lesquels le droit positif admet que le secret bancaire doit s'effacer. Au-delà de sa légitimité, la solution n'est pas en contradiction avec le courant jurisprudentiel qui se forme progressivement au sujet du « secret des affaires », courant qui refuse de faire échec à l'application de l'article 145 du code de procédure civile au seul motif qu'une mesure d'instruction est le cas échéant de nature à se traduire par la divulgation d'informations couvertes par le « secret des affaires » (cf. *supra*). Plusieurs différences fondamentales existent entre le secret bancaire et le « secret des affaires ». L'une de ces différences tient au fait que le droit positif a fixé de façon précise les contours et le contenu du secret bancaire, alors que le « secret des affaires » demeure un inconnu du droit positif, un concept imprécis, qui, du fait de son caractère flou, pourrait être invoqué de façon intempestive par des plaideurs de mauvaise foi désireux de paralyser une mesure d'instruction *in futurum*. Ce risque de dévoiement n'existe pas s'agissant du secret bancaire, dont le contenu est fixé de façon précise par une jurisprudence abondante.

Nous ponctuerons notre propos en indiquant que le refus de la cour de Colmar d'ordonner la mesure sollicitée aurait le cas échéant pu se fonder à titre surabondant sur la solution consacrée (à notre avis à tort) par l'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 8 février 2006, arrêt qui affirme que seules les mesures d'instruction qui figurent aux articles 232 à 281-1 du code de procédure civile constituent des mesures « *légalement admissibles* » au regard de l'article 145 du code de procédure civile, ce qui exclut les demandes uniquement destinées à obtenir, comme en l'espèce, de simples pièces. L'argument n'avait toutefois pas été développé devant la cour, ce qui explique le mutisme de l'arrêt sur ce point.

J.-D. B.

6 - Le principe de la contradiction est-il dans les gènes de l'article 145 du code de procédure civile ?

Les plaideurs désireux d'obtenir de façon non contradictoire une mesure d'instruction *in futurum* afin de créer un effet de surprise veilleront à intégrer dans leur raisonnement une exigence fréquemment passée sous silence, exigence que la deuxième chambre civile de la Cour de cassation met en lumière de façon opportune dans un arrêt très récent (**Civ. 2e, 7 mai 2008, n° 07-14.858**, Juris-Data, n° 2008-043793 ; D. 2008. Chron. C. cass. 2373, obs. J.-M. Sommer et C. Nicoletis ; RTD civ. 2008. 549, obs. R. Perrot ).

Saisi d'une requête destinée à obtenir la désignation d'un huissier sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, le président d'un tribunal de commerce avait accueilli favorablement la demande. L'ordonnance fit l'objet d'une rétractation par la cour d'appel de Caen, qui fit observer qu'il était indispensable qu'une urgence fut caractérisée pour que la mesure puisse être ordonnée sur simple requête. Or, la cour constata que la preuve d'une telle urgence n'avait pas été administrée par le requérant. Déféré à la Cour de cassation, l'arrêt fut confirmé sans surprise pour le motif suivant : « ... *par une exacte application des articles 145 et 875 du code de procédure civile [...] la cour d'appel a retenu que la demande de mesures d'instruction ne pouvait être accueillie sur requête qu'à la double condition qu'il soit justifié de l'urgence des mesures sollicitées et de l'existence de circonstances autorisant une dérogation au principe de la contradiction* ».

La solution procède d'une lecture stricte de l'article 875 du code de procédure civile et n'est à

notre avis exposée à aucune critique. Rien ne saurait en effet permettre aux plaideurs désireux de mettre en oeuvre l'article 145 par le biais d'une ordonnance sur requête de se soustraire aux exigences générales fixées en la matière par l'article 875 du code de procédure civile.

J.-D. B.

7 - L'article 145 du code de procédure civile et le principe de la séparation des pouvoirs : le droit positif dessine (définitivement ?) les contours d'une solution équilibrée. Seules des mesures d'instruction « *légalement admissibles* » peuvent être ordonnées sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile. Deux décisions récentes offrent un éclairage sur la question de savoir si ce texte autorise le juge judiciaire à prescrire une mesure d'instruction dirigée à l'encontre de l'Administration ou qui est susceptible d'impliquer la participation de cette dernière.

Dans une première espèce, l'ancien président d'un Conseil régional avait présenté avec succès une requête aux termes de laquelle il avait invité le président d'un tribunal de grande instance à désigner un huissier chargé de dresser des constats relatifs à des pièces détenues par la chambre régionale des comptes. Le requérant obtint satisfaction, ce qui suscita l'ire du Préfet de région, ainsi que celle du Procureur de la République, qui formèrent tous deux un recours en rétractation. L'argument développé au soutien du recours était simple : sauf à faire abstraction du principe de la séparation des pouvoirs, une mesure d'instruction dirigée contre l'Administration ne saurait constituer une mesure « *légalement admissible* » au sens de l'article 145 du code de procédure civile. L'argument séduisit le magistrat, qui rétracta son ordonnance. Il séduisit également la cour d'appel, qui confirma la rétractation. L'ancien président du Conseil régional forma alors un pourvoi, que la première chambre civile rejeta au motif que « ... *si avant tout procès et toute détermination de la compétence au fond, et dès lors que le litige est de nature à relever, fût-ce pour partie, de l'ordre de juridiction auquel il appartient, le juge des référés peut ordonner une mesure d'instruction sans que soit en cause le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, il en est autrement lorsqu'il est demandé au juge des référés d'ordonner une mesure d'instruction qui porte à titre exclusif sur un litige dont la connaissance au fond n'appartient manifestement pas à son ordre de juridiction ; qu'ayant relevé, par des motifs non critiqués par le pourvoi, d'une part, que le fond du litige relatif à l'activité de contrôle des comptes et de gestion de la chambre régionale des comptes ne relevait pas de la compétence du juge judiciaire et que les actes incriminés rentraient dans les attributions légales de la cour des comptes et d'autre part, que la requête [...] avait pour objet de permettre à M. Blanc d'apporter à la chambre régionale des comptes les observations les plus précises possibles, la cour d'appel a [...] légalement justifié sa décision* » (Civ. 1re, 13 mars 2007, n° 06-15.316, Juris-Data, n° 2007-037999).

Six mois plus tard, une seconde affaire offrit à la première chambre civile l'opportunité de confirmer sa position, dans une affaire où une association avait sollicité avec succès une mesure d'expertise à l'encontre d'une entreprise délégataire de service public. Cette dernière obtint de la cour d'appel l'infirmité de l'ordonnance primitive. L'arrêt fut là encore déféré à la Cour de cassation, qui le confirma en développant un raisonnement proche de celui qui avait fondé son arrêt du 13 mars 2007 : « ... *la connaissance des questions qui étaient soumises au juge judiciaire des référés tendait nécessairement au contrôle, à l'annulation ou à la réformation des décisions prises par l'autorité administrative dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, de sorte que ce juge s'était substitué et avait fait échec au contrôle administratif mis en oeuvre par les services compétents ainsi qu'à l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique et que les demandes, qui ne relevaient pas, fût-ce pour partie, de la compétence de l'ordre judiciaire, relevaient de la compétence du juge administratif ; que les moyens ne peuvent être accueillis* » (Civ. 1re, 17 oct. 2007, n° 06-21.054, Bull. civ. I, n° 327 ; AJDA 2007. 2004 ).

Ces deux décisions - dont seule la seconde a les honneurs du *Bulletin* - adhèrent à la position du Tribunal des conflits (5 juill. 1999, Bull. civ., T. confl. n° 23), qui converge avec celle de la deuxième chambre civile (Civ. 2e, 16 mai 2002, Bull. civ. II, n° 102 ; D. 2002. IR. 1807 ) et

fixent à notre avis de façon définitive le droit positif, qui peut être synthétisé de la façon suivante : une mesure d'instruction *in futurum* qui implique la participation de l'Administration peut être ordonnée en application de l'article 145 du code de procédure civile si - et seulement si - une juridiction de l'ordre judiciaire a vocation à statuer sur tout ou partie du débat de fond ultérieur.

J.-D. B.

#### 8 - Preuve de la réception d'une lettre

Il est des questions très irritantes à l'égard desquelles on peut éprouver une certaine gêne, car elles dissimulent à peine la mauvaise foi de certaines parties. Ainsi en est-il lorsqu'un plaideur prétend ne pas avoir reçu telle lettre pourtant envoyée en recommandée. On ne veut pas dire par là que la bonne foi du destinataire laisse généralement à désirer ; c'est parfois l'expéditeur qui manque de loyauté. Toujours est-il que la question de la preuve de l'avis de réception est déterminante. Cette preuve est semble-t-il faite dès l'instant que la lettre est retournée à son expéditeur avec la mention « non réclamé. Retour à l'expéditeur » et que n'est rapportée ni même alléguée par le destinataire la preuve d'une erreur d'adresse (V. **Com. 29 janv. 2008, n° 06-13.462**, Bull. civ. IV, n° 23, rendu dans un contentieux de non renouvellement de contrat de franchise et de dénonciation de la clause de tacite reconduction ; D. 2008. AJ. 541, obs. E. Chevrier ; RTD civ. 2008. 299, obs. B. Fages ). Ne renversons pas les rôles, semble dire la Cour de cassation. L'initiative de l'expéditeur ne saurait être annihilée par la pure abstention du destinataire.

Ph. D.

#### 9 - L'expertise « privée » au secours du plaideur en quête de preuve

Trop rares sont les plaideurs qui songent à nourrir leur thèse en sollicitant, à titre privé, la rédaction d'un rapport par un expert (judiciaire ou non). La méthode a pourtant les faveurs constantes du droit positif, qui admet très justement qu'un juge puisse statuer à la lumière d'un tel rapport, dès lors qu'un débat contradictoire a pu s'instaurer à son sujet.

Un arrêt de la première chambre civile confirme (sans surprise) cette solution, dont la légitimité est confortée par un courant jurisprudentiel ancien et constant : « ... *Attendu qu'appréciant souverainement les éléments de preuve qui lui étaient soumis, le juge pouvait fonder sa conviction sur le rapport d'expertise amiable produit par M. Echenaud, dès lors que ce rapport avait été régulièrement versé aux débats et soumis à la libre discussion des parties...* » (**Civ. 1re, 30 janv. 2007, n° 06-11.581**, inédit). Dans le même ordre d'idées, la deuxième chambre civile admet qu'un rapport d'expertise judiciaire obtenu par un plaideur dans le cadre d'une procédure A puisse être utilisé par ce même plaideur à l'encontre d'une autre partie dans le cadre d'une procédure B (Civ. 2e, 17 avr. 2008, n° 07-16.824, à paraître au *Bulletin* ; D. 2008. AJ. 1345, obs. I. Gallmeister, et Chron. C. cass. 2373, obs. J.-M. Sommer et C. Nicoletis ; RDSS 2008. 572, obs. F. Arhab ).

J.-D. B.

#### 10 - Preuve d'une faute lourde et droit des contrats

En matière d'utilisation frauduleuse d'une carte bancaire, deux arrêts de différentes chambres de la Cour de cassation posent un principe clair : le banquier émetteur de la carte supporte la charge de la preuve de l'utilisation frauduleuse de la carte bancaire avant opposition (**Com. 2 oct. 2007, n° 05-19.899**, Bull. civ. IV, n° 208 ; D. 2007. AJ. 2604, obs. V. Avena-Robardet, Chron. C. cass. 2764, obs. M.-L. Bélaval, et 2008. Jur. 454, obs. A. Boujeka ; RTD com. 2007. 813, obs. D. Legeais ; JCP E 2007, n° 46, p. 12, note Bouteiller ; JCP 2008. II. 10014, note Bazin ; CCC 2008, n° 26, obs. Raymond ; RD banc. fin. 2007, n° 206, obs. Crédot et Samin, et n° 234, obs. Caprioli ; Civ. 1re, 28 mars 2008, n° 07-10.186, Bull. civ. I, n° 91 ; D. 2008. AJ. 1136, obs. V. Avena-Robardet ; JCP 2008. II. 10109, note Bazin ; JCP 2008. Actu. 245, note Roussille). Il résulte de l'article L. 132-3 du code monétaire et financier que le titulaire

d'une carte bancaire ne supporte les conséquences d'une éventuelle perte ou d'un vol qu'en cas de faute lourde de sa part. La Cour de cassation précise, par ces deux arrêts, que le seul fait que la carte ait été utilisée par un tiers, qui en a composé le code secret, ne permet pas d'établir la preuve d'une faute lourde du titulaire. La charge de la preuve est lourde pour les banquiers et pour ainsi dire impossible. Pour autant, il aurait été tout aussi difficile au consommateur de rapporter la preuve d'une défaillance du distributeur de billets.

T. V.

### 11 - La communication d'informations économiques sensibles à l'occasion de procédures judiciaires à l'étranger

La recherche des preuves n'est pas toujours possible : le demandeur peut se heurter à des règles d'intérêt supérieur, à des considérations d'ordre public ou encore à la raison de l'Etat. *Favor populi suprema lex esto*. La loi du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents et de renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères s'en fait l'écho. Le texte réprime, sous réserve des traités et accords en vigueur, la demande, la recherche ou la communication de tels documents ou renseignements tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères dès l'instant qu'ils sont de nature à porter atteinte à la souveraineté nationale (V. Nevot, Rev. crit. DIP 1981. 421 s. ; Daunizeau, Banque et droit 1992, n° 25, p. 164). Il est resté depuis l'origine inappliqué, jusqu'à cette récente décision de la Cour de cassation (**Crim. 12 déc. 2007, n° 07-83.228**, Bull. crim. n° 309 ; AJ penal 2008. 97, obs. G. Roussel ; JCP E 2008. 2016, note M. Danis). En l'espèce, un avocat français, correspondant de l'avocat américain du commissaire aux assurances de l'Etat de Californie soucieux de la régularité du rachat de la compagnie Executive Life par une mutuelle française, avait cherché à obtenir des renseignements sur la décision de rachat dans des conditions quelque peu confuses. D'où une question sur l'objet et la nature de ces renseignements. Recherchés sur les circonstances dans lesquelles le conseil d'administration de la mutuelle avait pris ses décisions sur le rachat de la société Executive Life, ils étaient, comme le relève la Cour de cassation, « *d'ordre économique, financier ou commercial. Dès lors que ces renseignements tendaient à la constitution de preuves dans une procédure judiciaire étrangère* », l'infraction était caractérisée. Il n'est pas question d'interprétation stricte, ni même téléologique. Le texte est appliqué à la lettre. Comme l'observent Mes Gottridge et Rouhette (*New York Law Journal* 29 apr. 2008), « *France puts some muscle behind its blocking statute* ». Il faut certainement s'en réjouir.

Ph. D.

### III - Les principes probatoires propres aux droits réels

#### A - La preuve de la propriété est libre

Citons à titre d'illustration pour son intérêt pratique un arrêt de la Cour de cassation selon lequel la preuve de la propriété est libre (**Civ. 2e, 15 nov. 2007, n° 06-17.376**). Cet arrêt de la Cour de cassation vient le rappeler et illustre que cette preuve peut notamment résulter de la production de factures (pour des précédents dans une hypothèse où la partie produisant les factures ne justifiait pas de l'origine des deniers, Civ. 1re, 16 févr. 1999, n° 96-12.368 ; dans une hypothèse où la partie produisait les factures sans justifier du paiement effectif, Civ. 1re, 11 janv. 2000, n° 97-15.406, D. 2001. Jur. 890, note A. Donnier ; RDI 2000. 145, obs. M. Bruschi ; RTD civ. 2002. 121, obs. T. Revet ).

T. V.

#### B - Preuve de la propriété d'un navire

On signalera à nos lecteurs la récente et importante décision sur la « Calypso », le bateau du regretté commandant Cousteau (**Com. 11 déc. 2007, n° 06-17.260**, D. 2008. Jur. 888,

note L. d'Avout ; DMF 2008. 27, obs. P. Bonassies ; Bull. Joly 2008, n° 4, p. 281 s., et les obs.). L'arrêt affirme très exactement, contrairement à ce que laissent entendre le Doyen Rodière et le Doyen Ripert qu'une présomption simple - et donc non absolue - s'attache aux mentions de la fiche matricule du navire comme aux mentions de l'acte de francisation. La tenue des fichiers d'inscription des navires comportant une fiche matricule sur laquelle figurent différentes informations dont le nom du propriétaire, est prescrite par les textes applicables (Décr. 27 oct. 1967) uniquement pour assurer la publicité de la propriété et de l'état du navire. En matière maritime, l'inscription sur les registres requis ne vaut pas titre (Comp. en matière aérienne, art. 9 c. aviat.).

Ph. D.

IV - Textes récents intéressant le droit de la preuve

Le règlement communautaire n° 861/2007 du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges

Le règlement communautaire n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations extracontractuelles, dit Rome II

Décret n° 2008-624 du 27 janvier 2008 pris pour l'application de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre les contrefaçons et portant modification du code de la propriété intellectuelle

Si la recherche des preuves est parfois bloquée, elle se trouve le plus souvent encouragée et même facilitée. Le récent **règlement communautaire n° 861/2007 sur les petits litiges du 11 juillet 2007** va dans ce sens. Son article 19 est entièrement consacré aux preuves. Le texte laisse à la juridiction compétente le soin de déterminer « *les moyens d'obtention des preuves et l'étendue des preuves indispensables à sa décision* » et ce « *dans le cadre des règles applicables à l'admissibilité de la preuve* ». Mais sans autre précision, ce qui autoriserait un renvoi à la *lex fori*. Le texte ajoute cependant que cette même juridiction « *peut admettre l'obtention des preuves par déclarations écrites de témoins, d'experts ou de parties* », ce qui renforce les pouvoirs du juge indépendamment de toute loi applicable. Il faut dire que dans les petits litiges, le juge est généralement affranchi d'observer les règles de droit commun (rapp. art. 1341 c. civ. et son seuil). Dans le prolongement, il est dit que la juridiction peut également admettre l'obtention des preuves par vidéo conférence ou par toute autre technologie de communication si les moyens techniques sont disponibles. Dernières règles matérielles : d'une part, la juridiction ne peut obtenir des preuves par expertise ou témoignage oral que si elles sont nécessaires à sa décision, étant précisé qu'il lui appartient de tenir compte des coûts lorsqu'elle en décide ; d'autre part, la juridiction doit opter pour « *le moyen d'obtention des preuves le plus simple et le moins contraignant* », disposition de caractère consumériste qui n'est peut-être pas pleinement conforme avec l'exigence de rigueur postulée par le droit de la preuve.

Ph. D.

Le **règlement communautaire n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations extracontractuelles**, dit Rome 2, contient d'intéressantes précisions sur les principes et les modalités relatifs à la preuve des faits juridiques (art. 22). Elles ont fait l'objet de nombreux commentaires (V. not. G. Légier, JCP 2008. I. 207). On retiendra ici la règle qui veut que la loi régissant l'obligation non contractuelle s'applique dans la mesure où, en matière d'obligations non contractuelles, elle établit des présomptions légales ou répartit la charge de la preuve. Autrement dit, les présomptions légales et la charge de la preuve sont considérées comme des questions liées au fond du droit et relèvent ainsi de la même loi. On retrouve les mêmes solutions dans le règlement du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Rome 1 (art. 14).

Ph. D.

**Mots clés :**

PREUVE \* Panorama 2008

(1) Les auteurs adressent leurs plus vifs remerciements à Mathilde Grivois, Avocat du cabinet Bredin Prat, pour l'aide précieuse qu'elle leur a apportée dans le cadre de la rédaction de ce panorama.

(2) **Bibliographie : Rapports** : Commission européenne, *Rapport d'application du règlement relatif à l'obtention des preuves en matière civile et commerciale*, Com (2007) 769 final, 5 déc. 2007. - **Ouvrages** : G. Vial, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008 ; *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, *liber amicorum*, Dalloz 2008, p. 886 ; M.-L. Niboyet, Contre le dogme de la *lex fori* en matière de procédure, *Mélanges Gaudemet-Tallon*, Dalloz, p. 363 s. ; P. Stoffel-Munck, Le préjudice moral des personnes morales, *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, partie relative à la preuve de ce préjudice p. 972 s. ; T. du Manoir De Juaye, *Le droit de l'intelligence économique*, Litec, Coll. Litec Professionnels, 2007. - **Thèses** : A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, thèse Bordeaux IV, 2007, sous la dir. C. Saint-Pau. - **Articles** : D. Cholet, Qualification de l'incident de faux : exception de procédure ou défense au fond ?, D. 2007. Jur. 192 ; C. Mouly-Guillemaud, La sentence « nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme, RTD civ. 2007. 253 ; V. Rebeyrol, Le visa des éléments de preuve par les juges du fond et le contrôle de la Cour de cassation, JCP 2008, n°1, p. 17 ; J.-C. Galloux, Les mesures probatoires, provisoires et conservatoires, D. 2008. Chron. 711 ; T. Portwood et R. Fathallah, Arbitrage et garantie de passif : questions de preuve et de procédure, Dr. et patr. 2008, n°166 ; N. Molfessis, La preuve de l'action de concert, Journ. sociétés, sept. 2008, p. 30 s.