

## Recueil Dalloz 2012 p. 1596

## Du droit de la preuve au droit à la preuve

Gwendoline Lardeux, Agrégée des Facultés de Droit, Professeur à l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III)

\*\*

Ce n'est sans doute pas un hasard si, dans le même prestigieux ouvrage, à peu de pages de distance, deux auteurs s'interrogeaient tour à tour sur les droits de l'homme (1) et les droits à... (2). L'arrêt ici commenté est une parfaite illustration de ce qu'ils écrivaient alors : la tendance de la Cour de cassation à viser ensemble les textes de droit interne et ceux de droit international (3), le risque élevé de conflits entre des droits de l'homme toujours plus nombreux (4) ainsi que l'accroissement pour ne pas dire le monopole des pouvoirs des juges dans la détermination du contenu des droits à... (5).

En l'espèce, le choc des titans opposait le très classique droit à la vie privée et un nouveau venu, longtemps contesté en doctrine et inédit à ce jour devant la Cour de cassation, le droit à la preuve. Le contentieux était très banal : une succession dans le cadre de laquelle le fils des défunts réclamait le rapport d'une donation immobilière prétendument faite au bénéfice de l'une de ses sœurs. Pour en établir l'existence, il produisait une lettre écrite par le mari de celle-ci à ses beaux-parents, missive qu'il avait trouvée dans les papiers des défunts, auxquels il avait accès en tant que gérant de l'indivision successorale. Les conseillers d'appel jugèrent cependant cette preuve irrecevable car, produite « sans les autorisations de ses deux sœurs ni de son rédacteur », elle constituait une violation de « l'intimité de sa vie privée et [du] secret de ses correspondances ». Le motif était non seulement classique mais semblait également incontestable au regard de l'article 9 du code civil, conforté par l'article 8 de la Convention EDH qui érige au rang de droit de l'homme le respect de la vie privée, inclusivement celui des correspondances (6), allié à l'article 9 du code de procédure civile qui dispose que chaque partie doit « prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention » (7). Or, une preuve qui heurte les droits précités est évidemment illégale.

C'est pourtant un arrêt de censure que la Cour de cassation rend le 5 avril 2012, au visa des textes précités, augmenté, et là est la clef de cette décision, de l'article 6 de la Convention EDH. Bonne à tout faire, ou presque, du droit processuel, ce texte a permis à la CEDH de créer un droit à la preuve (cf. *infra*) que consacre ici, pour la première fois, la haute juridiction française, en reprochant aux juges du fond de ne pas avoir recherché « si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve [celui du fils des défunts] et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence ». Ainsi comprend-on que le respect dû à la vie privée peut devoir céder devant les nécessités probatoires, autrement dit l'impératif de vérité. Il n'a donc pas le caractère absolu que les juges du fond lui avaient prêté. La question qui s'impose alors est de savoir comment combiner ces deux droits de l'homme, ces deux droits à... La Cour de cassation y répond classiquement, en les organisant dans un rapport de principe à exception. Le premier demeure le bénéficiaire du droit au respect de la vie privée tandis que le droit à la preuve, qui naît à la vie juridique nationale grâce à cet arrêt, n'est admis que sous conditions (I). Il ne faut néanmoins pas se laisser tromper : même exceptionnel, le droit à la preuve ainsi reconnu est d'une portée étendue (II).

### I - Le droit à la preuve, une exception reconnue

La confrontation entre le droit à la preuve et le respect de la vie privée trouve son terrain naturel d'élection dans le contexte familial, ce dont la jurisprudence témoigne à travers les différents cas d'application déjà admis (A). Les conditions d'application de ce nouveau droit à... sont ici systématisées (B).

#### A - Les cas d'application du droit à la preuve

L'idée que le respect dû à la vie privée doit parfois s'effacer devant la recherche de la vérité s'impose naturellement en matière familiale (8). Le contentieux ayant pour objet même la vie privée, opposer le respect de celle-ci à la preuve du droit litigieux n'a en effet pas grand sens. En cette occurrence à l'inverse, afin de permettre au juge de statuer en connaissance de cause, il est nécessaire qu'il puisse accueillir les preuves ayant le même objet que l'affaire qu'il doit trancher : la vie privée. Invoquer celle-ci pour faire obstacle à la production d'une preuve reviendrait à demander au juge de statuer dans un aveuement volontaire.

Ainsi, en l'espèce, comment envisager apporter la preuve d'une donation éventuelle faite par des parents à une de leurs filles sans avoir recours à des lettres ou tout autre document personnel ? Les rapports filiaux sont en effet le terrain privilégié de l'article 1348, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil, siège de l'impossibilité morale de se préconstituer un écrit, exigé en principe à l'article 1341. Tout mode de preuve devient alors recevable. L'objet de la preuve portant sur les rapports pécuniaires entre proches parents - il s'agit donc bien de leur vie privée, les questions patrimoniales étant classiquement analysées comme la dimension économique de celle-ci (9) - les modes de preuve, en l'absence d'acte juridique, ne peuvent eux-mêmes qu'être ceux de la vie privée et donc porter atteinte à celle-ci. Car, à pousser le raisonnement inverse jusqu'au bout, il faudrait alors également déclarer irrecevable l'acte juridique éventuellement établi entre les parties au seul prétexte qu'il porte sur leur vie privée. L'absurdité du résultat saute aux yeux et démontre que l'article 9 du code civil, même conforté par l'article 8 de la Convention EDH, ne peut faire systématiquement obstacle aux règles probatoires (10).

Ainsi est-ce également dans un cadre familial que la Cour de cassation a, peu de temps auparavant, statué de manière fort similaire. A la suite de la mort d'un industriel, son homme de confiance lui avait succédé à la tête de sa société Chaussures André. Le fils du défunt contesta alors les conditions dans lesquelles il avait été amené à céder ses parts sociales dans l'entreprise. Pour se défendre, le nouveau dirigeant produisit une note que le défunt lui avait confiée peu avant son décès et dans laquelle il mettait en doute les compétences professionnelles de ses enfants et exprimait le souhait qu'ils fussent écartés de la direction de la société. Le fils demanda que la note soit exclue des débats comme portant atteinte à sa vie privée ce que les juges du fond refusèrent, motifs pris de « l'intérêt supérieur de la défense » et de « l'éclairage particulier » que la pièce conférerait aux faits. En d'autres termes, la preuve contestée était jugée nécessaire à la défense et à la décision. La Cour de cassation censura cependant l'arrêt d'appel, au même visa que celui de l'arrêt ici commenté, reprochant déjà aux juges du fond de ne pas avoir caractérisé « la nécessité de la production litigieuse quant aux besoins de la défense et sa proportionnalité au but recherché » (11). Ce qui nous amène à étudier maintenant les conditions auxquelles primauté est accordée aux nécessités probatoires sur la vie privée.

#### B - Les conditions d'application du droit à la preuve

Deux conditions sont exigées. Il faut tout d'abord que la preuve litigieuse soit « indispensable à l'exercice [du] droit à la

*preuve* ». On remarque d'emblée que l'adjectif marque un renforcement des exigences de la Cour de cassation par rapport à son arrêt précédent qui avait statué en terme de « *nécessité* ». En l'espèce, le respect de cette condition ne fera vraisemblablement pas difficulté devant la cour de renvoi puisque, comme cela a déjà été souligné, on voit mal de quelle autre manière le fils des donateurs pourrait tenter d'établir la réalité de la libéralité dont il demande le rapport à la succession. Une telle exigence permet au demeurant d'assurer le juste équilibre nécessaire entre deux droits de l'homme, deux droits à... : l'atteinte à la vie privée ne sera permise que s'il n'est d'autre moyen d'établir la réalité du droit litigieux. C'est au demeurant également la position adoptée par la CEDH dans une décision ayant condamné la France (12). Dans le cadre d'une procédure de divorce, une épouse avait produit certaines pièces du dossier médical de son mari, établissant l'alcoolisme pathologique de ce dernier à l'origine des violences conjugales qu'elle subissait. Or, la Cour souligne que les certificats médicaux de l'épouse ainsi que plusieurs témoignages avaient suffi aux juges français pour prononcer le divorce aux torts exclusifs du mari. L'atteinte à la vie privée de celui-ci n'était donc pas nécessaire à la preuve du bien-fondé de la demande.

La seconde exigence posée par la haute juridiction française est tout aussi européenne. Pour être recevable, la preuve litigieuse doit être « *proportionnée aux intérêts antinomiques en présence* ». Le problème que pose cette condition est celui de la détermination de son contenu. Sur le fond en effet, devant la CEDH, elle semble faire double emploi avec la précédente. Ainsi, dans sa décision précitée, l'atteinte portée à la vie privée de l'époux a-t-elle été jugée disproportionnée parce qu'elle n'était pas nécessaire à la preuve des violences conjugales. Il faut alors sans doute voir dans cette condition de proportionnalité une exigence à caractère formel portant sur les modes d'obtention de la preuve litigieuse. En l'espèce, peu de doutes peuvent être nourris sur la régularité de l'entrée en possession par le demandeur de la lettre produite. En tant que gérant de l'indivision successorale, il avait naturellement et légalement accès à tous les papiers de ses parents défunts. On ne peut donc que penser que sa prise de possession de la lettre a été réalisée sans fraude ni violence (13). En tout état de cause, il bénéficie de la présomption générale de bonne foi (art. 2274 c. civ.). Une fois encore, cette exigence de la Cour de cassation rejoint la jurisprudence de la CEDH qui a eu l'occasion de préciser que « *la production de la correspondance dans le cadre d'une procédure de divorce* » n'est admise que si « *la personne qui la produit [n'est] pas entrée irrégulièrement en possession des pièces qu'elle produit* » (14).

On comprend alors que le droit à la preuve prospère avant tout en droit familial. Au regard de la généralité des termes de l'attendu, sa portée se révèle cependant beaucoup plus étendue.

## **II - Le droit à la preuve, une exception étendue**

Le fondement européen que la Cour de cassation octroie au droit à la preuve lui confère une portée des plus vastes (A) en même temps que la jurisprudence européenne oblige à lui opposer malgré tout une limite (B).

### **A - La Convention européenne, fondement du droit à la preuve**

La reconnaissance d'un droit à la preuve peut de prime abord surprendre dans la mesure où les discussions, initiées à la suite de l'article fondateur du Professeur Goubeaux (15), semblaient avoir été closes par un rejet définitif de la doctrine dominante (16), conforté par le silence de la Cour de cassation. Celle-ci semblait même y être particulièrement hostile ce que permettait de penser notamment sa jurisprudence créant un devoir général de loyauté probatoire, nouvel absolu érigé face et contre les nécessités de la preuve (17) : que la preuve clandestine soit la seule possible pour le demandeur ne permet pas en effet de la déclarer recevable. Or, c'est l'inverse que décide la haute juridiction dans l'arrêt ici commenté : la lettre produite, quoique portant atteinte à la vie privée, pourra être admise si elle est « *indispensable à l'exercice [du] droit à la preuve* ».

Le droit national n'étant d'aucun secours pour fonder une telle position - l'article 9 du code de procédure civile permettant même de justifier la décision inverse des juges du fond - c'est alors sans surprise que la haute juridiction se tourne vers le droit européen des droits de l'homme dont on sait qu'il permet communément d'aller au-delà voire contre le droit national, au gré des intérêts des parties ou de la doctrine de la Cour de cassation... Pourtant, fonder un tel droit à la preuve sur l'article 6 de la Convention pouvait paraître audacieux tant il est connu que la Cour a précisé depuis longtemps que le droit à un procès équitable n'emporte aucune conséquence en matière probatoire, domaine qui demeure donc régi par le seul droit national (18). C'est pourtant la CEDH elle-même qui a, la première, reconnu le droit à la preuve (19) sur le fondement de celui à un procès équitable qui implique donc le droit, pour chaque partie à l'instance, « *de se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves* » (20). Il faut alors comprendre que seules les règles techniques du droit de la preuve n'entrent pas dans le champ d'application de l'article qui fonde en revanche et plus généralement le droit à la preuve. Et on ne saurait contester en effet que l'exigence d'un procès équitable induit le droit (subjectif) à ce que le droit (objectif) ne rende pas impossible la preuve qu'il exige, en d'autres termes, le droit à faire établir la vérité que la justice commande.

Or, fonder le droit à la preuve sur celui à un procès équitable emporte une conséquence immédiate que la Cour de cassation a tirée à la suite de la CEDH : toutes les parties à l'instance en sont titulaires, demandeur comme défendeur. Ainsi, dans les décisions européennes précitées comme dans l'arrêt du 5 avril 2012 est-ce la partie demanderesse à qui est reconnu ce droit. Il est donc autonome de ceux de la défense. La chambre commerciale avait au demeurant déjà statué en ce sens, en se référant « *au principe d'égalité des armes résultant du droit au procès équitable* » qui fondait, en l'espèce, le droit pour le demandeur à l'instance « *de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions* » (21). Et ce n'est pas pour surprendre tant il est évident que toutes les parties à l'instance, quelle que soit leur situation procédurale, sont titulaires du droit à un procès équitable. Ce n'en est pas moins un apport essentiel de l'arrêt ici commenté par rapport à celui rendu par la même formation le 16 octobre 2008. Dans ce dernier, la possibilité de tenir à l'écart le respect dû à la vie privée avait été fondée sur les « *besoins de la défense* » : le droit à la preuve - dont l'expression n'était pas encore utilisée - se situait alors dans le sillage direct des droits de la défense. L'arrêt avait pu alors ne pas paraître exceptionnel. Celui-ci, à l'inverse, en reconnaissant l'existence d'un droit à la preuve, lui accorde d'emblée une portée *ratione personae* générale.

Au regard de la jurisprudence européenne elle-même, sa portée matérielle soulève plus d'interrogations.

### **B - La jurisprudence européenne, limite au droit à la preuve**

On le sait désormais : le respect dû à la vie privée, inclusivement le secret des correspondances qui lui est rattaché, peut devoir s'effacer devant le droit à la preuve. La question qui se pose alors est de savoir si cette jurisprudence peut être étendue à tous les secrets protégés par le droit et dont beaucoup sont justifiés par ce même respect de la vie privée : ainsi du secret bancaire ou du secret médical fondés également sur l'article 8 de la Convention EDH. La CEDH a eu l'occasion de répondre par la négative, précisant que « *la production de la correspondance dans le cadre d'une procédure de divorce* » n'est possible que si « *ces pièces ne [sont] pas couvertes par le secret professionnel* » (22).

La portée de cette réserve, malgré la généralité des termes employés, est sujette à caution. On pourrait certes penser justifier cette limite - présentée comme absolue - au droit à la preuve par le fait que lesdits secrets impliquent un tiers et, corollairement, l'intérêt général qui dépasse le seul intérêt individuel du titulaire du droit au secret : ainsi, le patient doit-il pouvoir faire une confiance absolue dans le silence du médecin auquel il se confie et ce, aussi à des fins de santé publique ; de même, le prévenu à l'égard de son avocat, et ce pour assurer l'efficacité des droits de la défense. On note






cependant que la chambre commerciale, dans son arrêt précité de 2007, a admis d'évincer le secret médical au profit de la preuve que le fils d'un président de conseil d'administration se proposait d'apporter de l'état de santé mentale déficient de son père, pour remettre en cause une décision de ce dernier. Les pièces présentées étaient logiquement « *constituées pour l'essentiel de certificats médicaux et d'ordonnances* », ce pour quoi le demandeur avait été condamné pour violation du droit à l'intimité de la vie privée. Or, cette décision est cassée pour les motifs déjà évoqués ce qui démontre que la Cour de cassation ne compte pas soumettre le secret médical à un régime dérogatoire de celui de la vie privée *stricto sensu*. La décision de la CEDH étant postérieure à cet arrêt, la question est posée de la pérennité de la position adoptée par la haute juridiction française (23).

Mais si certains secrets peuvent tomber devant le droit à la preuve tandis que d'autres pas, l'ultime question à laquelle la Cour de cassation devra répondre à l'avenir est de savoir si toutes les causes d'illicéité des modes de preuve sont également concernées par cette nouvelle exigence probatoire. On pense avant tout au devoir de loyauté dont on a déjà précisé qu'en l'état actuel de la jurisprudence, la haute juridiction n'admet pas qu'il soit infléchi, même lorsque l'absolutisme avec lequel elle demande qu'il soit appliqué fait obstacle à toute preuve. On peut dès lors espérer que l'arrêt du 5 avril 2012 l'amène à faire évoluer sa position sur ce point.

#### Mots clés :

**VIE PRIVÉE** \* Intimité \* Atteinte \* Correspondance \* Procès \* Droit à la preuve

- (1) D. Gutman, Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ?, *Mélanges F. Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 329.
- (2) D. Cohen, Les droits à..., *ibid.*, p. 393.
- (3) D. Gutman, préc., p. 339, citant l'exemple, ici illustré, du visa commun des art. 9 c. civ. et 8 de la Conv. EDH relatifs au respect dû à la vie privée.
- (4) D. Gutman, préc., p. 339-340.
- (5) D. Cohen, préc., p. 397-398.
- (6) Art. 8.1 Conv. EDH : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ».
- (7) C'est nous qui soulignons.
- (8) C'est également dans ce contexte - en matière de divorce - que la CEDH a reconnu le droit à la preuve : cf. *infra*, II, A.
- (9) Encore récemment, dans l'affaire *L. Bettencourt*, Civ. 1<sup>re</sup>, 6 oct. 2011, n° 10-21.822, à paraître au *Bulletin* ; D. 2011. 2771 (23), note E. Dreyer (24), 2457, édito F. Rome (25), et 2012. 765, obs. E. Dreyer (26) ; AJ pénal 2011. 522, obs. S. Lavric (27) ; RTD civ. 2012. 89, obs. J. Hauser (28).
- (10) Déjà en ce sens, Com. 15 mai 2007, n° 06-10.606, Bull. civ. IV, n° 130 ; D. 2007. 1605 (29), et 2771, spéc. 2775, obs. A. Lepage (30) ; Just. & cass. 2008. 205, Conférence G. Tapie ; RTD civ. 2007. 637, obs. R. Perrot (31), et 753, obs. J. Hauser (32) : « *toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite, [...] une telle atteinte peut être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts dont celle des droits de la défense [...]* ».
- (11) Civ. 1<sup>re</sup>, 16 oct. 2008, n° 07-15.778, Bull. civ. I, n° 230 ; D. 2008. 2726 (33), et 2009. 2714, obs. T. Vasseur (34) ; RTD civ. 2009. 167, obs. R. Perrot (35) ; JCP 2009. I. 142, n° 9, obs. Y.-M. Serinet. Egal. Com. 15 mai 2007, préc.
- (12) CEDH 10 oct. 2006, n° 7508/02, *L. L. c/ France*, D. 2006. 2692 (36) ; RTD civ. 2007. 95, obs. J. Hauser (37).
- (13) Pour reprendre les termes de l'art. 259-1 c. civ. qui, en matière de divorce, admet tout mode de preuve sous ces deux seules réserves.
- (14) CEDH 13 mai 2008, n° 65097/01, D. 2009. 2714, spéc. 2717, obs. T. Vasseur (38) ; RTD civ. 2008. 650, obs. J.-P. Marguénaud (39) ; JCP 2008. I. 167, n° 13, obs. F. Sudre.
- (15) G. Goubeaux, Le droit à la preuve, in *La preuve en droit*, C. Perelman, P. Foriers (dir.), Bruylant, 1981, p. 277 : l'auteur rattache le droit à la preuve au droit d'agir en justice reconnu à l'art. 30 c. pr. civ.
- (16) Ainsi, P. Théry, *Les finalités du droit de la preuve en droit privé*, Droits, 1996, p. 41, spéc. p. 50-52 : faisant notamment valoir que les avancées réalisées au profit de l'impératif de vérité se sont traduites par un accroissement des pouvoirs du juge - libre d'ordonner ou non des mesures d'instruction - et non de ceux des parties sur qui, à l'inverse, pèsent, au même titre, plus d'obligations.
- (17) Cass., ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316, Bull. n° 1 ; D. 2011. 157, obs. E. Chevrier (40), 562, note F. Fourment (41), 618, chron. V. Vigneau (42), et 2891, obs. P. Delebecque (43) ; RTD civ. 2011. 127, obs. B. Fages (44), et 383, obs. P. Théry (45) ; JCP 2011. 90, obs. M. Malaurie-Vignal, 208, obs. B. Ruy, et 666, n° 13, obs. Y.-M. Serinet. Arrêt rendu sur conclusions contraires de l'avocat général. Sur ce sujet, V. G. Lardeux, Preuve civile et vérité, *Mélanges J.-L. Bergel*, Larcier-Bruylant, à paraître.
- (18) L'arrêt fondateur est célèbre, CEDH 12 juill. 1988, n° 10862/84, *Schenk c/ Suisse*, RSC 1988. 840, obs. L.-E. Pettiti.
- (19) CEDH 10 oct. 2006, préc., pt 40.
- (20) CEDH 13 mai 2008, préc., pts 42 et 43. Définition qui rejoint celle proposée par le Professeur Goubeaux, préc., spéc. n° 3, p. 280 : « *Le droit à la preuve est [...] au moins le droit de produire les preuves que l'on détient. Ainsi compris, le droit à la preuve fait partie de cette prérogative plus générale accordée par la loi à toute personne, prérogative ressentie comme si nécessaire que l'on pourrait y voir une émergence du droit naturel : le droit de se faire écouter de son juge* ». Au regard de la jurisprudence actuelle de la CEDH, ses propos se révèlent prophétiques.
- (21) Com. 15 mai 2007, préc.
- (22) CEDH 13 mai 2008, préc., pt 48. Cette condition était absente de l'arrêt de 2006 qui concernait pourtant le secret médical. Il faut sans doute y voir un affinement de la jurisprudence de la Cour.

**(23)** De manière sans doute plus certaine, le secret bancaire, qui n'est fondé sur aucune considération d'intérêt général, devrait être soumis au même régime de primauté relative que la vie privée *stricto sensu*. La Cour de cassation admet au demeurant déjà qu'il puisse céder face aux exigences probatoires, plus précisément quand il revient à la banque de faire la preuve de sa créance : Com. 16 déc. 2008, n° 07-19.777, Bull. civ. IV, n° 206 ; D. 2009. 163, obs. V. Avena-Robardet , 784, note J. Lasserre Capdeville , et 2714, spéc. 2721, obs. J.-D. Bretzner  ; RTD civ. 2009. 147, obs. P. Crocq  ; JCP E 2009. 1037, obs. T. Bonneau. Cassation de Colmar, 7 juin 2007, D. 2008. 2820, obs. J.-D. Bretzner  ; JCP 2007. II. 10178, note crit. P. Simler ; Com. 15 févr. 2011, n° 10-30.564, inédit.

Copyright 2014 - Dalloz - Tous droits réservés.