

Concours section : 2e concours d'accès

Epreuve matière : Composition CIVIL

N° Anonymat : UPYDM819 QH Nombre de pages : 8

14.50 / 20

Concours : 2<sup>ème</sup> concours d'accès à l'Ecole nationale de la magistrature

Epreuve : Composition sur un sujet de droit civil ou de procédure civile

CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de la feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.



## La loyauté de la preuve dans le procès civil

La loyauté est le comportement honnête, de bonne foi à l'égard d'une autre personne. Elle est empreinte de subjectivité dans la mesure où ce qui est loyal correspond à l'échelle de valeurs qu'un individu ou une société se donne. En droit, la subjectivité est synonyme d'insécurité juridique. Comme le souligne Jean Carbonnier dans Droit et passion du droit sous la V<sup>ème</sup> République (1996), "le vouloir est extensible". Partant, le subjectif est extensible, il est possiblement illimité, il constitue un fondement incertain en droit.

Le procès civil est le processus judiciaire durant lequel les parties vont faire valoir leurs droits afin d'obtenir une décision en leur faveur. Pour convaincre le juge de leur bon droit, elles devront démontrer ce qui est vrai. Ce moyen d'établir un fait comme une vérité afin de défendre une position est la preuve. Traditionnellement, la loyauté de la preuve est absente du procès civil. A l'origine, le droit civil est fondé sur une conception stricte de légalité où la loi est objective et n'a pas vocation à s'immiscer dans les aspects subjectifs qui gouvernent les relations entre deux parties privées. Ainsi, la bonne foi n'a été officiellement consacrée que par l'œuvre de l'ordonnance du 10 février 2016 qui a posé à l'article 1104 du code civil que "les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi", en précisant que "cette disposition est d'ordre public". Cette mise à l'écart d'un droit subjectif s'explique par la primauté accordée à la loi lors de l'élaboration du code civil. Le rôle du juge est alors strictement circonscrit et laisse peu de marge à une appréciation nécessaire en matière d'intérêts subjectifs. L'article 5 du code de procédure civile précise que le juge se prononce "seulement sur ce qui est demandé". La preuve peut être rapportée par chaque partie "conformément à la loi" (article 9 du code

N°

1.1.8.



de procédure civile". En l'absence de violation de la loi, le juge ne peut pas refuser une preuve sous prétexte de déloyauté.

Cependant, la loi du 9 juillet 1970 a intégré à l'article 9 du code civil le principe du respect de la vie privée dont la violation est sanctionnée. La loyauté de la preuve va alors irriguer désormais le procès civil car une preuve qui serait obtenue en atteinte de la vie privée ne serait pas rapportée conformément à la loi. Cette nouvelle exigence s'inscrit dans le mouvement croissant de subjectivisation du droit, introduit en outre par l'adhésion à la convention européenne des droits de l'homme dont la cour européenne des droits de l'homme assure le respect. L'article 8 de ladite convention protège ainsi la vie privée. L'approche de la cour européenne des droits de l'homme est marquée par le droit anglo-saxon et laisse une place majeure à l'interprétation du juge en raison des droits subjectifs qui sont développés. Ainsi, l'article 6 de la Convention prévoit le droit au procès équitable et l'égalité des armes. Or, si la déloyauté de la preuve peut être sanctionnée au regard de la vie privée, le principe des droits de la défense peut rendre nécessaire la production d'une preuve loyale. Vie privée, droits de la défense, égalité des armes sont des droits subjectifs aux pouvoirs illimités, dont les intérêts protégés peuvent entrer en conflit.

Comment garantir la loyauté de la preuve dans le procès civil? Est-il possible d'en circonscrire les contours avec certitude afin de préserver la sécurité juridique?

Si l'exigence de la loyauté de la preuve est avérée dans le procès civil (I), son appréciation est incertaine (II).

## I L'exigence avérée de la loyauté de la preuve dans le procès civil

Afin de déterminer quelle est la place de la loyauté de la preuve dans le procès civil, il convient d'étudier les conditions traditionnelles d'admission de la preuve (A) et les conditions renouvelées d'admission de la preuve (B).

### A) Les conditions traditionnelles d'admission de la preuve : loyauté et légalité

L'article 9 du code de procédure civile détermine qu'"il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention". L'article 1358 du code civil précise également :  
"Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée



par tout moyen."

À la lecture de ces articles, il est établi qu'une preuve ne saurait être admise en cas de violation de la loi - la loi est une limite à l'admissibilité d'une preuve produite "par tout moyen" - la loyauté de la preuve est ici garantie par le comportement licite de la partie en cause. L'article 1363 du code civil définit que "nul ne peut se constituer de lître à soi-même". Sous le caractère unilatéral, le soupçon de déloyauté - la preuve est libre, à condition qu'elle soit obtenue de manière licite ou non frappée de caractère illicite. Les vices du consentement à l'instar de l'erreur (article 1134 du code civil), du dol (article 1137 du code civil) ou de la violence (article 1140 du code civil) sont un caractère de la preuve déloyale.

La loi peut, à côté de la preuve libre, exiger une preuve littérale. En pareil cas, la loyauté est présumée demeurer dans le respect des conditions posées par la loi seulement. C'est une loyauté objective. L'article 1359 du code civil prévoit que l'acte juridique qui porte sur une somme ou une valeur excédant 1500 € "doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique". La preuve contre cet écrit doit respecter les mêmes conditions pour ne pas être rejetée. À l'origine, cette prépondérance de la loi et d'exigences objectives fondent une loyauté de la preuve au caractère purement légal par être licite et admise.

Dans un arrêt du 17 juin 2009, la première chambre civile devait se prononcer sur l'admission de minimes messages comme mode de preuve. Les minimes messages sont en effet des messages échangés par l'intermédiaire d'un portable personnel. Le portable personnel fait l'objet de l'intimité privée de celui qui le détient, à l'image des correspondances privées. La production de minimes messages enregistrés sur le téléphone portable d'autrui paraît contrevenir à la loyauté de la preuve en ce qu'ils ont été obtenus par ruse, par un comportement de mauvaise foi. Néanmoins, dans cet arrêt, la première chambre civile de la Cour de Cassation va fonder son appréciation sur la loyauté de la preuve au sens traditionnel, strictement conforme à la loi. Elle déclare que le juge ne peut rejeter la production de minimes messages au procès civil, au simple motif que la lecture a été faite à l'insu du destinataire, "sans constater qu'ils ont été obtenus par violence ou par fraude". Cette affirmation de la nécessité d'une illégalité objective dans l'obtention de la preuve exprime le lien traditionnellement étroit entre loyauté et légalité. D'autres intérêts ont redéfini la loyauté de la preuve aujourd'hui.



### B) Les conditions renouvelées d'admission de la preuve: Loyauté et Intérêts

La loi du 9 juillet 1970 a créé l'article 9 du code civil qui assure la protection de la vie privée en droit interne. Par ailleurs, la convention européenne des droits de l'homme protège la vie privée dans son article 8. Loyauté et vie privée gouvernent le nouveau principe de loyauté de la preuve dans le procès civil. Une preuve qui serait le résultat d'une violation de la vie privée serait déloyale car obtenue en infraction à ce droit subjectif. Par ailleurs, l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme pose le principe du procès équitable, ce qui n'est pas compatible avec la déloyauté.

La France a ratifié la convention européenne des droits de l'homme en 1974 et consacré le recours individuel en 1981. Ainsi, la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme exerce une influence croissante sur le procès civil français. La convention établit des droits subjectifs, elle assure la "sauvegarde et le développement" des droits de l'homme d'après le préambule de la convention de 1950. C'est une approche où la jurisprudence est créatrice de droit, où la casuistique est le modèle contrairement au droit français écrit et objectif. Les droits subjectifs et l'interprétation du juge se développent progressivement en droit français. La loyauté de la preuve dans le procès civil en est une conséquence. Traditionnellement circonscrite, elle s'est ensuite imposée au regard du respect à la vie privée. L'influence d'autres droits de la Convention comme les droits de la défense ont impliqué que le juge français adopte la même démarche juridique que la Cour européenne des droits de l'homme.

La loyauté de la preuve implique désormais le respect de la vie privée, du procès équitable et de l'égalité des armes. Ces droits protègent des intérêts subjectifs qui peuvent entrer en conflit. Le juge du procès civil devra alors trancher et déterminer dans quelle mesure une preuve déloyale peut être admise. Il devra poser les limites de ce qui est suffisamment déloyal pour déséquilibrer les droits des parties. Il s'agit d'un contrôle de proportionnalité effectué au cas par cas. Ainsi, dans un arrêt du 25 février 2016, la première chambre civile estime que "le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cela soit indispensable" par les droits de la défense. Un subtil équilibre doit être opéré.



Concours : 2<sup>ème</sup> concours d'accès à l'École nationale de la magistrature

Epreuve : Composition sur un sujet de droit civil ou de procédure civile

## CONSIGNES

- Remplir soigneusement, sur CHAQUE feuille officielle, la zone d'identification en MAJUSCULES.
- Ne pas signer la composition et ne pas y apporter de signe distinctif pouvant indiquer sa provenance.
- Numéroté chaque PAGE (cadre en bas à droite de la page) et placer les feuilles dans le bon sens et dans l'ordre.
- Rédiger avec un stylo à encre foncée (bleue ou noire) et ne pas utiliser de stylo plume à encre claire.
- N'effectuer aucun collage ou découpage de la feuille officielle. Ne joindre aucun brouillon.



Cette appréciation de la loyauté de la preuve au regard du droit interne et externe est confirmée dans un arrêt de la première chambre civile du 5 avril 2012, rendu aux visas de l'article 9 du code civil, de l'article 6 et de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme. La loyauté de la preuve y est appréciée à l'issue d'un contrôle de proportionnalité des intérêts en présence. Il s'agissait en l'espèce de la production d'une lettre d'un défunt sans autorisation des parties à la succession. Par admettre cette preuve, la cour de cassation établit, d'une part, que la production litigieuse est indispensable à l'exercice du droit à la preuve. D'autre part, cette production est "proportionnée aux intérêts antinomiques". Intérêt au respect de la vie privée et intérêt à la défense s'opposent et doivent être mis en balance. La loyauté de la preuve dans sa conception renouvelée, peut être modulée. Cela consacre l'importance de l'appréciation du juge.

## II L'appréciation incertaine de la loyauté de la preuve dans le procès civil

L'appréciation incertaine de la loyauté de la preuve dans le procès civil est mise en lumière à travers la détermination du caractère déloyal de la preuve (A) et l'équilibre entre les intérêts des parties au procès civil (B).

### A) Le caractère déloyal de la preuve

Afin de délimiter les contours de la loyauté de la preuve dans le procès civil, il était nécessaire de déterminer le caractère considéré comme déloyal de la preuve au regard du respect de la vie privée. Il est intéressant de noter que l'article 9 du code civil prévoit : "chacun a droit au respect de sa vie privée", sans autre précision, ce qui explique que la définition de la déloyauté se trouve essentiellement dans la jurisprudence.



À la lecture des arrêts, le caractère déloyal reprendrait tout procédé de ruse, de manipulation qui aboutirait à obtenir une preuve sans le consentement de la personne concernée. La première chambre civile évoque la preuve obtenue "sans autorisation" (1<sup>ère</sup> civile Saurl 2012). Dans un arrêt rendu par l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation le 7 janvier 2011, la Cour déclare irrecevable la production d'un enregistrement d'une communication téléphonique réalisé "à l'insu" de l'auteur des propos tenus. Le caractère déloyal découle du mode d'obtention de la preuve, de l'ignorance de celui qui est enregistré. À contrario, lorsque l'auteur ne peut ignorer que ses propos sont enregistrés, dans le cas des messages laissés sur un répondeur, le procédé n'est pas considéré comme déloyal et la preuve recevable (Chambre sociale, 6 février 2013). L'information de la personne concernée est un gage de loyauté de la preuve, dans la mesure où son consentement n'est pas nié (Chambre sociale, 26 janvier 2016).

En outre, la jurisprudence a dû définir les limites de la vie privée sur le lieu professionnel afin de circonscrire la loyauté de la preuve fournie dans le cadre de procès civil prud'hommes. La relation hiérarchique entre employeur et salarié complexifie la délimitation du professionnel et du personnel. Dans un arrêt du 2 octobre 2001 "Société Nikon France", un salarié avait émis des messages personnels de son ordinateur professionnel, pendant son temps de travail. Dans le cadre du litige qui l'opposait à son employeur, ce dernier avait produit les messages personnels du salarié à l'appui de sa défense. La Cour de cassation, dans sa formation sociale, affirme que "le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée" et que l'employeur qui viole la liberté fondamentale du secret des correspondances en prenant connaissance des messages personnels a adopté un comportement déloyal rendant la preuve irrecevable. La loyauté exigée dans le cadre professionnel est renforcée puisque, en l'espèce, le salarié avait connaissance de l'interdiction d'une utilisation non professionnelle de son ordinateur.

Toutefois, la chambre sociale est venue préciser la teneur du caractère déloyal de la preuve dans le cadre des relations professionnelles dans un arrêt du 21 octobre 2009. Elle indique que les fichiers créés par l'outil informatique mis à disposition par l'employeur pour les besoins professionnels sont présumés avoir un caractère professionnel et peuvent être ouverts hors la présence du salarié. La Cour mentionne : "sauf si l'employé les identifie comme personnels". Il est possible d'en déduire qu'à contrario, l'employeur pourrait ouvrir les fichiers personnels en présence du salarié. Ces



l'attribution et modulation des caractères de la preuve dans le procès civil témoignent de l'incertitude que soulève leur interprétation au cas par cas. Cela suggère également la multiplicité des intérêts à mettre en balance.

### B) L'équilibre entre les intérêts des parties au procès civil

Dans l'appréciation de la loyauté de la preuve, le juge du procès civil doit apprécier au cas par cas les intérêts antagoniques en présence et opérer un contrôle de proportionnalité entre respect de la vie privée et droits de la défense.

Cet équilibre nécessite d'établir la juste limite de la loyauté et moduler quel intérêt faire primer au regard des circonstances de l'espèce. Il en résulte, dans des espèces similaires, des subtilités d'appréciation qui qualifient tantôt la preuve de déloyale, tantôt de recevable car proportionnée dans son degré de déloyauté, marquées d'incertitudes.

La confrontation de deux arrêts de la première chambre civile mettant en cause des assureurs témoigne de la mouvance des limites de la loyauté de la preuve dans le procès civil. Dans un arrêt rendu le 31 octobre 2012, un huissier de justice avait procédé à des constatations en filmant les sorties d'une partie au procès civil qui demandait une indemnisation supplémentaire pour aggraviation de ses capacités de mobilité et d'autonomie. Le raisonnement de la chambre civile prend appui sur trois points pour conclure à la recevabilité de la preuve : la partie se trouvait sur la voie publique lorsqu'elle a été filmée par l'huissier, aucune provocation à sortir n'a été faite et seules la mobilité et l'autonomie de l'intéressé ont fait l'objet d'une constatation.

Il n'y a pas eu de "stolagème" et pas de disproportion de l'atteinte à la vie privée par rapport aux droits et intérêts en cause. A l'inverse, dans un arrêt du 22 septembre 2016, des opérations de surveillance avaient été réalisées depuis la voie publique mais concernant l'intérieur d'une maison. En outre, les constatations comportaient des descriptions physiques et recherches d'identité. La Cour rejette la preuve pour disproportion et déloyauté. Il n'est pas clair de savoir si, à défaut de faire apparaître dans les constatations les descriptions physiques et recherches d'identité, la preuve faisant simplement état des capacités d'autonomie aurait été acceptée. Force est de constater qu'il est difficile de définir avec certitude quel est le point d'équilibre entre les intérêts des parties.

L'incertitude de l'équilibre à trouver entre les intérêts des parties est

N°

7.1.8



particulièrement notable dans le procès civil opposant employeur et salarié. En raison d'une forte protection du salarié, la Cour semblait automatiquement favoriser ses droits à la vie privée lorsque l'employeur produisait une preuve obtenue par la ruse. Les filatures ont constitué un terrain propice à la loyauté de la preuve et sa teneur. Dans un arrêt du 26 novembre 2002, la chambre sociale argumente qu'une filature "constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée". La preuve obtenue par la filature était donc automatiquement frappée de déloyauté avec pour effets l'illicéité et la non recevabilité dans le procès civil. Sans rechercher en pratique si un équilibre pouvait exister, la loyauté de la preuve obtenue par filature était absente. Néanmoins, un autre arrêt rendu par la chambre sociale le 10 janvier 2012 a opéré un contrôle de proportionnalité des intérêts de l'employeur et des salariés, sans rendre automatiquement déloyale la preuve obtenue par ruse. Un employeur avait informé ses salariés de la mise en place d'un dispositif de surveillance des portes d'accès aux locaux de travail par vidéo, au motif de sécurité. Lors d'un litige l'opposant aux salariés, un huissier avait exploité les vidéos pour établir les heures de départ et d'arrivée des salariés. En l'espèce, la Cour rejette la preuve car l'article L1222-4 du code du travail prévoit que l'employeur qui met en place un dispositif de vidéosurveillance doit en avertir personnellement les salariés visés, en détaillant la finalité des données recueillies. À défaut, il s'agit d'un procédé déloyal, obtenu par un comportement illicite, un stratagème. Pourtant, les salariés étaient informés du dispositif de vidéosurveillance et se douter que leurs arrivées et départs étaient filmés. Il sera ainsi difficile à un employeur de faire pencher l'équilibre des intérêts en sa faveur car la loyauté de la preuve en droit du travail est un principe renforcé à l'équilibre et son contrôle ne semblent pas correspondre aux paramètres établis dans le cadre du procès civil de droit commun.

Par conséquent, la loyauté de la preuve dans le droit civil a connu un nouveau soubresaut avec l'émergence des droits subjectifs en droit interne, à l'instar du respect de la vie privée ou des droits de la défense. Leur nécessaire interprétation au cas par cas et le conflit entre ces droits aux contours extensibles et incertains rendent

l'appréciation de la loyauté de la preuve incertaine. Le principe de loyauté de la preuve souffre d'une modulation dans le cadre du procès civil de droit commun et du procès civil mettant en œuvre le droit du travail. La loyauté de la preuve dans le procès civil est un principe prégnant, dont les incertitudes marquent la difficulté à le saisir et à en faire émerger un droit réellement prévisible et protecteur pour les parties.