

[...]

La recevabilité de la preuve est peut-être, quoi qu'on en dise, la véritable donnée de « bon sens » qui ressort de l'étude du principe « nul ne peut se constituer une preuve à lui-même ». Celui-ci ne peut se solder par l'interdiction de produire les éléments de preuve que l'on détient... Au demeurant, il faut bien reconnaître que dans la pratique, chacun se ménage des preuves qu'il entend produire le jour venu afin d'emporter la conviction du juge (1). Ainsi, il serait excessivement rigoureux d'exclure du débat la preuve constituée par une partie à elle-même (2), au détriment d'ailleurs du « droit de produire ses preuves en justice » que certains appellent de leurs vœux (3).

Mais la recevabilité de la preuve constituée à soi-même est aussi de droit positif. Sans même s'attarder sur les dispositions du Code civil relatives au serment décisoire (4), qu'on a pu interpréter comme une « dérogation remarquable au principe interdisant de se constituer unilatéralement un titre à soi-même » (5), d'autres exemples manifestent l'admission de cette recevabilité. Outre le cas déjà envisagé des conventions de preuve, il semble aujourd'hui accepté qu'un employeur puisse produire, dans un litige qui l'oppose à un salarié, un enregistrement des images et des paroles faisant la preuve des agissements de ce dernier. Certes, la chambre sociale demeure réticente, et refuse de prendre en compte les enregistrements pratiqués à l'insu des salariés (6). Reste qu'en autorisant l'interprétation a contrario, cette position laisse penser qu'un dispositif d'enregistrement vidéo mis en place au su des salariés serait doté de force probante (7). Pour la chambre criminelle, la question ne se pose pas en ces termes : selon les termes dénués d'ambiguïté de la Cour, « aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale; il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du Code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante » (8). Venant de la chambre criminelle, la solution n'étonne pas: il avait déjà été admis que la victime d'appels téléphoniques répétés pouvait procéder elle-même à leur enregistrement car il n'y avait pas d'atteinte aux droits de la défense, le prévenu étant dans la possibilité de discuter les éléments de preuve réunis contre lui (9). De la confrontation entre les jurisprudences sociale et criminelle surgit cependant le vrai problème pertinent qu'il reste à régler : non tant celui de la recevabilité de la preuve constituée par une des parties à elle-même, que celui de l'équilibre nécessaire entre recherche de la vérité et obligation de loyauté. [...]

D. Gutmann, A propos du principe « nul ne peut se constituer une preuve à soi-même », Les petites affiches, 24 janvier 1997, n° 11, Extrait

(1) J. Huet, Formalisme et preuve en informatique et télématique : éléments de solution en matière de relations d'affaires continues ou de rapports contractuels occasionnels, J.C.P. 1989. I. 3406, n° 1, note 3 ; J. Pradel, obs. sous Cass. crim., 23 juillet 1992, préc., p. 206 ; Ph. Malaurie, op. cit., n° 325, p. 121.

(2) Réflexe de peur contre l'unilatéralité qui n'est pas sans rappeler la défiance de principe longtemps opposée par la jurisprudence à la fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadre en matière de distribution, et sanctionnée par la nullité de ceux-ci. On sait que depuis les arrêts de l'Assemblée plénière du 1er décembre 1995, la Cour de cassation s'attache plutôt aux

modalités effectives de la fixation du prix (sur le sujet, V. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 6e éd., 1996, n° 279-1 et s., p. 232 et s.). Le parallèle avec l'administration de la preuve n'est pas vain: ce que le juge doit sanctionner n'est pas l'origine de la preuve, mais son défaut de force probante.

(3) G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », in *Travaux du Centre National de Recherches de Logique, La preuve en droit*, études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 277 et s., spéc. n° 18, p. 293.

(4) Art. 1358 et S. Casso civ.

(5) Jacques Ghestin, G. Goubeaux, M.Fabre-Magnan, op. cit. n° 728, p. 709.

(6) Casso. soc., 20 novembre 1991, Bull. civ. V, n° 519 ; D. 1992. 73, concl. Y. Chauvy ; Dr. soc. 1992, 28, rapp. Ph. Waquet ; R.T.D. civ. 1992. 365, obs. J. Hauser ; R.T.D. civ. 1992, 418, obs. P.-Y. Gautier ; R.J.S. 1992/1, n° 1, p. 25 ; Cass. soc. n° 36, A. 4, p. 13 ; Dr. ouvrier 1992. 253. Principe réaffirmé par Cass. soc., 22 mai 1995, Bull. civ. V, n° 164, p. 119 ; D. 1995. I.R. 150 et repris depuis la loi du 31 décembre 1992 par l'article L. 121-8 C. trav. qui prévoit « qu'aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté personnellement à la connaissance du salarié ».

(7) En ce sens, J. Colonna, note sous Aix-en-Provence, 4 janvier 1994, J.C.P. 1995. II. 22514 ; H., L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1, Introduction à l'étude du droit, 11e éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1996, n° 371, note 4, p. 506. On pourrait rapprocher de ce principe celui qu'énonce l'article 259-2 C. civ. en cas de divorce : « les constats dressés à la demande d'un époux sont écartés des débats s'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée ». D'où il ressort a contrario que le constat obtenu de façon loyale peut être produit par une partie.

(8) Cass. crim., 6 avril 1994, Bull. crim. n° 136 ; Gaz. Pal. 1994. 2. 489, note J.-P. Doucet. V. déjà dans le même sens, Cass. crim., 23 juillet 1992, Bull. crim. n° 274 ; Bull. inf. C. cass. n° 356, p. 30 ; Dr. pénal 1992. comm. 299, note A. Maron ; J.C.P. 1992. IV. 2871 ; Dr. pénal 1993. chrono 6, p. 4, par V. Lesclous et Marsat ; D. 1993. Somm. 206, obs. Pradel ; R.T.D. civ. 1993. 101, obs. Hauser. La solution est toutefois contestée (v. p. ex. M.-L. Rassat, note sous Cass. crim., 6 avril 1993, J.C.P. 1993. II. 22144), et paraît encore incertaine (v. en sens contraire, dans le cadre de poursuites douanières, l'exigence que les « éléments de preuve produits devant le juge pénal n'aient pas été obtenus par des procédés frauduleux » : Cass. crim., 28 octobre 1991, Bull. crim. n° 381 ; Gaz. Pal. 1992. 1. Somm. 96).

(9) Cass. crim., 13 mai 1992, Dr. pén. 1993. Comm. 8.