**La preuve**

Ce qui n’est pas prouvé n’existe pas. Dans un procès, le juge ne dit pas qui a raison, il dit qui lui prouve qui a raison, ce qui peut parfois ne pas être pareil. La preuve est un aspect extrêmement important, qui est structurel de notre système juridique et de notre société. Cela dit des choses sur la démocratie. Il y a un lien intime entre les règles probatoires et le degré de démocratie. Au Moyen Âge, on recourait aux ordalies, épreuves judiciaires de nature religieuse, pouvant être assimilées à la torture. Certaines preuves sont impossibles à rapporter : preuve d’un fait négatif, preuve d’un fait que l’on a pas fait.

Dire que quelqu’un a été acquitté faute de preuve sous entend qu’elle est coupable, et que la preuve ne devrait avoir aucune importance.

La question de la preuve est un triptyque :

1. Objet de la preuve : que dois-je prouver ?

On doit prouver un fait matériel. On doit prouver ce qui relève du vrai ou du faux donc on ne doit pas prouver le droit. Pouvoir démiurgique du droit => indifférence au vrai. « toute clause contraire est réputée non écrite » = le propre de la règle de droit est de modifier le réel. Echappe par nature aux règles de vrai ou de faux.

Tous les faits sont-ils matière de preuve ? Uniquement les faits contestés.

Uniquement les faits pertinents. Les faits sont pertinents en fonction du litige. Le fait n’existe pas par lui même pour le juriste. Quand on parle de fait pertinent, on parle de fait susceptible d’avoir une influence sur le litige => le fait n’est donc jamais regardé pour lui même, il est considéré en contemplation de la règle de droit. Le fait n’existe que dans l’utilisation qui en est faite ou que l’on est susceptible d’en faire = il st asservi à la question de droit.

C’est à partir de là que naissent les débats et les observations divergentes.

1. Charge de la preuve : fardeau de la preuve, risque de la preuve : qui doit prouver ?

Certains ouvrages parlent du risque, du fardeau de la preuve. La vérité judiciaire est toujours assise sur une preuve (plus ou moins parfaite), on peut donc perdre le procès sur la preuve = risque.

La charge de la preuve pèse sur le demandeur en principe car c’est lui qui réclame quelque chose, c’est lui qui trouble l’ordre social. Dans la Chine ancienne, on commençait par bastonner les demandeurs. On ne peut pas apporter une preuve d’un fait négatif, c’est la preuve diabolique : c’est pourquoi on ne demande pas au défendeur de prouver qu’il n’a rien fait. Toute notre culture intuitive est une culture qui porte sur l’accusation, il est difficile de tenir la présomption d’innocence. D’où l’importance de ces règles pour la démocratie. Notre penchant est d’aller contre la présomption d’innocence. C’est donc le demandeur qui va faire la preuve. Si le demandeur prouve ce qui lui appartient de prouver (je prouve avoir prêté de l’argent à X), le défenseur peut a son tour apporter la preuve (prouver avoir rendu l’argent à Y). => Ping-pong de la preuve, le défenseur doit ensuite prouver sa prétention. Les parties vont donc se pré-constituer des preuves, avant tout litige. Ex : faire signer un acte de prêt, faire des actes juridiques. Pas possible pour les faits juridiques.

Acte juridique : fait en vue de produire des effets de droit.

Fait juridique : fait qui produit des effets de droits sans le vouloir, de manière involontaire, les conséquences juridiques sont involontaires.

Si le demandeur n’a pas de preuve suffisante, le juge déboute sa demande. Exceptions :

* + Un salarié qui conteste son licenciement devant le Conseil des Prud’hommes est la partie demanderesse. La notion de faute grave fait perdre au salarié toute indemnité de licenciement et de préavis. Ici, la charge de la preuve pèse sur l’employeur, car il est difficile de prouver que je n’ai pas fait de faute grave. La charge de preuve est trop lourde. La prérogative de renvoyer un salarié déroge au droit commun des contrats car il rompt un contrat unilatéralement. Prérogative parallèle du salarié qui peut rompre le contrat = ils ont tous les deux cette prérogative. La loi n’intervenait pas à ce niveau, mais elle a décidé d’intervenir en considérant les rapports de force et la différence de pouvoir. Ne remet pas en cause mais encadre les prérogatives de l’employeur et le transforme en pouvoir : pouvoir conféré dans un intérêt au moins partiellement différent du sien. => On peut licencier à condition de dire pourquoi.

En cas de renvoi : préavis (variable) + indemnité. Si renvoi pour faute grave : pas de préavis ni indemnité. Le licencié va devant les Prud’hommes, il est demandeur. Si faute simple ou raison économique, la charge de la preuve reste sur le salarié. Si faute grave, renversement de la charge de la preuve : l’employeur doit prouver la faute. La raison est que l’employeur sait pourquoi il renvoie le salarié, les raisons se trouvent au sein de l’entreprise à laquelle le salarié n’a plus accès. Les éléments sont donc détenus par l’employeur.

* + Toujours en droit du travail, un salarié fait des heures supplémentaires, et affirme qu’elles n’ont pas été payées. Cependant, comment prouver que j’ai fait des heures supplémentaires, si je ne suis plus dans l’entreprise ? On allège donc la charge de la preuve qui incombe au salarié, on ne lui demande qu’en commencement de preuve, et c’est ensuite au tour de l’employeur.
  + Discrimination : pas de justification objective et raisonnable pour une différence de traitement pour la CJUE. Directive européenne (29 Juin 2000) sur l’égalité de traitement et la lutte contre la discrimination : l’objet de la preuve est la preuve qu’on a subi une différence de traitement dépourvue de justification objective et raisonnable (raison de la différence de traitement). Allègement de la charge de la preuve pesant sur le demandeur : on lui demande de rapporter des éléments qui peuvent laisser supposer que… Il insère un doute. Il y a ensuite renversement de la charge de la preuve au profit du défenseur, qui doit expliquer des raisons qu’il est seul à posséder. Les raisons sont dans la tête du défenseur.

Si on emmène un huissier devant une boite de nuit => preuve dite déloyale pour certains avocats. Existe-t-il une loyauté de la preuve ?

Questions théoriquement processuelles sont raccordées aux autres problèmes de droit.

1. Moyens de preuve : mode de preuve : comment dois-je prouver ?

Tout n’est pas permis. La torture ne l’est pas. Si tous les moyens ne sont pas permis, cela signifie que la vérité n’est pas la valeur suprême. Sinon tous les moyens seraient bon pour y parvenir. Il y a des valeurs supérieures à la vérité devant le juge.

Comment prouver ? Cela suppose que tous les moyens ne sont pas autorisés pour atteindre, théoriquement, la vérité. C’est donc que la vérité n’est pas au sommet de notre hiérarchie des valeurs. C’est la raison pour laquelle la torture n’est pas autorisée. Tout ce qui est ci dessous ne vaut que pour les actes juridiques, et non pas les faits juridiques.

La loi réglemente : on ne peut rechercher la vérité par n’importe quel moyen = preuve de civilisation.

* + La preuve peut être écrite : actes authentiques (notaires, huissiers) et les actes sous seings privés, lesquels font foi à condition d’être signés et qu’ils émanent de la personne à qui on les oppose. Avant, c’était manuscrit et dactylographié sur un support matériel. Avec l’informatique, cela est devenu plus complexe. Peut-on concevoir de l’écrit immatériel ? On a admis que c’étaient des écrits électroniques. Problème de la signature, dont la fonction est d’identifier. Un clic de souris peut-il suffire ? Est apparue la signature électronique. Ce problème était apparu auparavant avant, avec la photocopieuse, depuis les années 1960. La Cour de Cassation admet petit à petit. Loi du 12 Juillet 1980 accord force probante à toute reproduction indélébile de l’original qui entraine une modification irréversible du support. Mais la réversibilité peut exister : une bande audio peut être facilement altérée, et certaines parties effacées. La signature électronique est acceptée, mais dans des conditions de sécurité assez modérées (dès lors que le Pentagone peut se faire pirater…). La signature atteste, surtout dans un contrat d’adhésion, que l’on a accepté toutes les conditions. Il est admis que par un clic on a pris connaissance des Conditions générales, alors que tout le monde sait que personne ne les lit. Utilisation du Telex pour faire attester par un tiers de l’authentification.

Un fax pose problème car il n’y a pas la signature directement apposée sur le document. => mais la jurisprudence considère la reproduction électronique de la signature comme une véritable signature. Pour la photocopie, elle est considéré comme valable sachant que l’on peut demander l’original.

Au delà d’un certain montant on exige une preuve écrite. On fait référence à une certaine normalité sociale. Impossibilité morale de demander la preuve écrite : dans le cadre de la famille par exemple, preuve moralement non demandable. Ce qui fait la valeur de l’écrit est d’avoir été signé à la main => question de l’écrit sur ordinateur : écrit ou image ? Dans la loi, écrit électronique valable si on est en mesure de prouver son authenticité = choix fait pour encourager le commerce électronique, choix de politique législative. Pas à nous de prouver si quelqu’un utilise nos codes de carte bleue sur internet qu’on n’a pas passé l’achat.

Commencement de preuve par écrit : ex : un chèque commence à prouver un prêt, mais il faut compléter le commencement de preuve par écrit par des témoignages.

En matière commerciale, la preuve est libre pour des questions de rapidité ou de relations commerciales. C’est moins vrai aujourd’hui, on fait des écrits.

* + Pour des preuves en dessous d’un montant fixé selon les modalités de l’article 1341 Code civil, pas besoin de preuve écrite.
  + Fausse exception : le tiers n’est pas obligé de produire un écrit. Mais le tiers n’est pas partie au contrat. La nature juridique d’une opération varie selon l’endroit d’où on la regarde. Ce qui est contrat pour 2 parties n’est qu’un fait juridique pour un tiers.
  + Vraies exceptions :
    - Commencement de preuve par écrit, qui peut être complété par d’autres moyens de preuves non écrits.
    - Impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit : maison brulée, bateau qui fait naufrage, etc.
    - Théoriquement l’écrit n’est pas nécessaire dans le commerce, même si en pratique de plus en plus de choses se font par écrit.
    - Exceptions conventionnelles : on peut par contrat modifier les règles de preuve. Exemple pour les contrats téléphoniques, d’électricité, etc. La preuve, bien qu’émanant du demandeur, est considérée comme suffisante.

Au moment où on a signé le contrat de téléphone, on a considéré que le demandeur pouvait utiliser cette preuve. Cela a une valeur car le contrat signé avec l’opérateur prévoit une dérogation selon laquelle les parties acceptent que la preuve soit faite par la production du relevé. Présomption : déduction que le juge tire d’un fait connu d’un fait inconnu. Le juge a le relevé pour élément et considère qu’il fait présumer que la consommation est ce qui est écrit sur le relevé. Déduction, on est dans l’ordre du vraisemblable et non du certain. Ce que le juge a raisonnablement déduit de ce qu’il savait. On doit donc pouvoir démontrer qu’elle ne correspond pas à la réalité. Cette présomption de consommation, ce système de renversement de la charge de preuve n’est pas étanche car on pourrait renverser cette présomption en montrant que ce n’est pas ce que l’on a consommé. Cette présomption, grâce à la convention de preuve, opère un renversement de la charge de preuve. Cela s’explique par la fiabilité de l’opérateur, mais la réalité ne se résume pas à cela. Cela traduit aussi, et surtout, le rapport de forces entre les parties. Ce rapport de forces permet à la partie économiquement la plus puissante de dicter ses conditions. La Cour de cassation admet les conventions de preuve. On a parfois soulevé en justice la validité et la licéité de telles clauses. La réponse à cette question dépend d’une autre question : les règles de preuves énoncées dans le Code civil sont-elles impératives ? Si oui, les volontés privées sont impuissantes à les écarter. Si non, alors il est loisible aux parties d’y déroger par contrat. La Cour de Cassation a eu à se prononcer, et a posé en principe que les règles de preuve n’étaient pas impératives, tout en rajoutant que le relevé (consommation, communications, etc.) créé une présomption que tel est le montant de la dette. Arrêt du 8 novembre 1989 1e chambre civile.

Convention de preuves : pas des règles d’ordre public.

Cela conduit à s’interroger sur ce moyen de preuve qu’est la présomption. Parfois la vérité est difficile à trouver. Le problème est que le juge est obligé de trancher sans savoir, il présume. S’il ne sait pas, la loi l’aide, en lui permettant de tenir pour vrai ce qui n’est que vraisemblable. Elle lui autorise une approximation, qui passe par la technique de la présomption. La présomption est une déduction qu’on tire un fait connu d’un fait inconnu. Exemple de la présomption de paternité : lorsqu’une femme accouche, présomption légale (posée par la loi) disant que l’enfant naissant d’une femme mariée a pour père le mari. C’est une déduction à partir de deux faits connus : accouchement et mariage. La présomption correspond la plupart du temps à la réalité. La fonction de cette présomption est d’assurer l’intérêt de l’enfant, ainsi que de couper court à toute discussion, et de préserver la paix des familles. L’article a été créé à une époque où l’adultère de la femme était condamné pénalement. Le législateur comprenait cet aléa, d’où une preuve que la vérité n’est pas la valeur suprême. Cependant, ça ne reste qu’une présomption, on admet donc qu’existe une certaine incertitude. Peut-on reverser cette présomption ? Ca dépend des présomptions, il y a trois catégories :

* Présomption simple : elle renverse la charge de la preuve. C’est au défendeur de prouver que la présomption ne correspond pas à la réalité, et cette preuve peut en apporter la preuve par tout moyen. Mais en pratique, cela reste compliqué. Concernant les retraits frauduleux de CB, comment un voleur a-t-il pu avoir accès au code ? Par négligence du consommateur. Dans le contrat signé avec la banque, c’est considéré comme une négligence grave, une faute. Un voleur n’a que 3 chances sur 10000 de trouver lui même le bon code. Pendant longtemps, la Cour de Cassation a déduit que le titulaire de la carte avait fait preuve de négligence. C’est une présomption qui repose sur une très forte probabilité. La jurisprudence a récemment changé, et la Cour de Cassation n’accepte plus de se reposer aujourd’hui sur une présomption. Mettre en place un système plus serré de vérification revient plus cher pour la banque, et n’est pas forcément rentable. La banque choisit donc ce qui n’est pas un risque, car elle considère que la quantité des fraudes soit suffisamment faible pour que ce soit plus rentable d’y faire face, tout en essayant d’en faire supporter les conséquences aux clients.
* Présomption mixte : peut être détruite, mais seulement par certains moyens. En matière de filiation, on ne peut contester la filiation d’un enfant que pour substituer un nouveau lien de filiation au précédent (sauf pour le père présumé).
* Présomption irréfragable : ne peut pas être détruite. Si elle est indestructible, est-ce encore une règle de preuve ? L’article 1282 du code civil précise ainsi que la remise par un créancier d’un titre libératoire à son débiteur (un ticket de caisse, une facture avec la mention « payée »…) constitue une présomption irréfragable de paiement (le créancier ne peut plus prouver qu'il n’aurait pas été payé). L'adage « nul n'est censé ignorer la loi » est irréfragable. Il est inutile pour le demandeur d'essayer de prouver qu'il ignorait la loi.

Au fond, les règles de preuve sont destinées à assurer l’égalité des armes entre les protagonistes. D’autres aspects de l’égalité des armes sont les moyens financiers, la langue et la distance, les moyens techniques.

Avant toute réflexion il faut réfléchir à l’enjeu du litige. Il y a toujours une finalité pratique. Le juge, et avant cela l’avocat, tranche une ou plusieurs questions de droit. La formulation de question de droit est essentielle. Si la question est mal posée, les réponses seront mauvaises.

En droit civil français, français, un fait juridique est un événement susceptible de produire des effets juridiques. Il peut s'agir d'un fait volontaire ou « fait de l'homme », tel que le meurtre, le vol, mais également d'un fait involontaire ou « fait de la nature », tel qu'un accident, un décès.... Un fait juridique est un évènement voulu ou non dont les effets de droit ne sont pas accordés par les individus mais par la loi.

A contrario, un acte juridique est une manifestation intentionnelle de volonté dans le but de réaliser des effets juridiques précis. La volonté est donc ce qui distingue l'acte du fait juridique. Un acte juridique est la manifestation de volontés destinées à produire des effets de droit.