

LA LOYAUTE DANS LA PREUVE.

Un principe résiduel, voire inutile ?

DENIS GARREAU

Et si, en détournant la réflexion de Paul Valéry à propos de la liberté (Regards sur le monde actuel, Œuvres T. 2, La Pléiade p. 951), la loyauté n'était rien d'autre que l'un de

« ces détestables mots qui ont plus de valeur que de sens ; qui chantent plus qu'ils ne parlent ; qui demandent plus qu'ils ne répondent ; de ces mots qui ont fait tous les métiers, et desquels la mémoire est barbouillée de théologie, de métaphysique, de morale et de politique ; mots très bons pour la controverse, la dialectique, l'éloquence ; aussi propres aux analyses illusoire et aux subtilités infinies qu'aux fins de phrases qui déchainent le tonnerre » ?

Avant d'apparaître comme un concept juridique, le principe de loyauté s'inscrit dans l'ordre moral, dans l'éthique des comportements humains et des relations sociales. En témoignent les définitions données de ce terme :

Loyauté :

« Qualité de la chose ou de la personne qui est loyale. Loyauté de la conduite, des procédés »

Et loyal :

« - Qui est de la condition requise par la loi. Marchandise bonne et loyale. Vin loyal et marchand.

Terme de palais. Loyaux coûts, les frais et loyaux coûts, les frais légitimement faits. Un bon et loyal inventaire, un inventaire fait fidèlement et régulièrement.

- *Qui obéit aux lois de l'honneur et de la probité. Homme loyal en affaires »* (Littré).

« Caractère loyal, fidélité à tenir ses engagements, à respecter les lois, les conventions qu'on a librement acceptées, à obéir aux règles de l'honneur et de la probité. Droiture, honnêteté, probité » (Le Grand Robert).

Le sens commun du terme « loyauté » insiste sur la droiture et la fidélité dans les relations humaines et sociales mais l'origine latine « *legalis* » de l'adjectif « *loyal* » confirme aussi que la loyauté est le respect de la loi.

Réfléchir à l'application du principe de loyauté dans la preuve reviendrait donc à examiner la question du respect de la loi dans la preuve. La preuve serait loyale quand elle serait conforme à la loi et cette tautologie amènerait alors à considérer que le principe de loyauté n'est pas l'un des éléments de la légalité mais la légalité elle-même.

Cette difficulté à donner un sens juridique précis au concept de loyauté explique peut-être que son utilisation en droit ne soit guère aisée et fréquente.

Une recherche dans la jurisprudence du Conseil d'Etat à partir du site Legifrance fait apparaître que le terme « *loyauté* » est utilisé principalement à propos des obligations des agents publics et des relations contractuelles. La recherche par l'usage des expressions « *loyauté de la preuve* » ou « *loyauté dans la preuve* » ne donne aucun résultat. La même recherche dans la base de données Arianeweb à partir des analyses du Conseil d'Etat et des conclusions des rapporteurs publics ne donne pas plus de résultats.

La jurisprudence de la Cour de cassation est plus prolixe. Si la recherche dans Legifrance à partir des expressions « *loyauté de la preuve* » ou « *loyauté des preuves* » donne plusieurs dizaines de décisions, ce résultat est trompeur car la lecture de ces arrêts montre que ces expressions sont utilisées à travers la relation faite des moyens de cassation proposés. Cependant, le principe de loyauté dans l'administration de la preuve est employé par la Cour de cassation, associé à l'article 9 du code de procédure civile et à l'article 6 § 1 de la convention européenne des droits de l'Homme, pour déterminer l'admissibilité des modes de preuve.

La Convention européenne des droits de l'Homme ne fait pas référence à la loyauté et cette notion n'est pas employée dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui laisse d'ailleurs aux droits internes le soin de fixer les modes de preuve et se borne à vérifier qu'ils n'aboutissent pas à rendre la procédure juridictionnelle globalement inéquitable au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

Dans le code de procédure civile, hormis l'article 1464 qui emploie la notion de loyauté à propos de la conduite de la procédure arbitrale, seul l'article 763 fait obligation au juge de la mise en état « *de veiller au déroulement loyal de la procédure* ». Le code de procédure pénale n'emploie le terme « *loyauté* » que dans la formule de serment du médiateur ou du délégué du procureur de la République fixé à l'article R 15-33-36 et l'article R 53-38 précise, à propos de l'usage des moyens de télécommunication dans la procédure, qu'ils doivent « *assurer une retransmission fidèle, loyale et confidentielle à l'égard des tiers* ».

Et il n'y a nulle part dans les textes ou dans la jurisprudence l'affirmation que le principe de loyauté serait un principe directeur du procès (cf. l'avis de Mme. le premier avocat général Petit sous l'arrêt d'Assemblée plénière du 7 janvier 2011 (n° 09-14316 et 09-14667) et la doctrine citée à cet égard (cf. avis publié sur le site de la Cour de cassation).

Les présentes lignes n'ont d'autre ambition que de présenter les réflexions – et la perplexité - d'un praticien sur l'application du principe de loyauté en matière de preuve. Ces réflexions, fruits d'un examen resté très incomplet de la jurisprudence et de la littérature publiée sur ce sujet d'une effrayante complexité, ont amené, à partir du sens commun donné au principe de loyauté, à s'interroger sur la manière dont il pouvait s'appliquer à la charge de la preuve (I), aux modes de preuve (II). Le principe de loyauté est-il utile ?

I – La loyauté dans la charge de la preuve, expression du principe d'égalité des armes.

La question peut se poser de l'application d'un principe de loyauté dans la charge de la preuve.

En matière civile comme administrative et mise à part la procédure pénale où domine le principe de la présomption d'innocence, le principe est que chaque

partie supporte la charge des allégations et de la preuve des faits et des obligations nécessaires à la reconnaissance de ses prétentions : *actori incumbit probatio*.

Ce principe est clairement exprimé par les articles 6 et 9 du code de procédure civile :

« A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder ».

« Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

Et, selon l'article 1315 du code civil,

« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

Le code de justice administrative ne connaît pas de textes semblables. Pour autant, les mêmes principes sont mis en œuvre, de manière plus ou moins explicite, par le juge administratif mais d'une façon cependant plus atténuée à raison notamment du caractère inquisitorial de la procédure contentieuse administrative (cf. B. Pacteau, Répert. cont. adm. Dalloz, Preuve ; X. Domino et A. Bretonneau, chronique de la jurisprudence administrative, AJDA 17 décembre 2012, p. 2378 et s.).

Mais l'application pratique de ces principes, fondés sur l'hypothèse théorique d'une égalité des parties face à la preuve, peut au contraire conduire à un débat déloyal car déséquilibré au profit de l'une de ces parties. L'exigence d'un débat loyal doit conduire à tenir compte de la plus faible aptitude de l'une des parties à apporter la preuve de ce qu'elle soutient ou de la circonstance que les éléments probants sont détenus par l'une des parties seulement (cf. Etude sur la preuve, rapport de la Cour de cassation pour l'année 2012, pp. 170 et 200).

Dès lors, des correctifs doivent être apportés qui ont, pour objet, non pas de déplacer la charge de la preuve mais de la partager en instaurant un mécanisme de présomption simple et en précisant l'office du juge (A). Et ces correctifs peuvent trouver un fondement dans le principe de l'égalité des armes (B).

A - Les correctifs au principe général.

1) – Ces correctifs peuvent d'abord être le fait du législateur, sur invitation du droit communautaire le cas échéant.

a) – Un exemple fameux réside dans l'article L 1154-1 du code du travail relatif au harcèlement moral ou sexuel :

« Lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L 1152-1 à L 1152-3 et L 1153-1 à L 1153-4, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement.

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

La jurisprudence de la Cour de cassation a précisé la répartition des rôles entre les parties, salarié et employeur, et le juge :

- A la charge du salarié : « *la preuve de la matérialité de faits précis et concordants constituant selon lui un harcèlement* ».

- A la charge du juge, si ces faits sont établis : « *apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral* ».

- A la charge de l'employeur, si ces faits permettent de présumer l'existence d'un harcèlement : « *prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement* » (cf. Cass. Soc. 15 novembre 2011, n° 10-10687, Bull. V, n° 259).

b) – Un autre exemple de modification de la charge de l'allégation et de la preuve par le législateur peut être trouvé dans les dispositions relatives à la discrimination.

Selon l'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations et transposant la directive n°2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000,

« Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le présent article ne s'applique pas devant les juridictions pénales ».

Hormis l'exclusion expresse des juridictions pénales pour des raisons tenant au principe de la présomption d'innocence, cette disposition est d'application générale.

Elle est reprise dans l'article L 1134-1 du code du travail lui-même issu d'une disposition antérieure de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (ancien article L. 122-45 du code du travail).

Le Conseil d'Etat a fait application de cet article 4 de la loi du 27 mai 2008, non sans l'inscrire dans les principes du contentieux administratif :

« qu'aux termes de l'article 4 de cette même loi [2008-496 du 27 mai 2008] : "Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. (...)" ; que, de manière générale, il appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction ; que cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes ; que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non

prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile » (CE 10 janvier 2011, n° 325268, publié au Recueil).

2) - Ces correctifs peuvent également être le fait du juge, sous réserve que les textes encadrant son office le lui permettent.

a) – Le procédé de la création prétorienne d'une présomption non irréfragable en présence de l'allégation de faits sérieux par le requérant, est loin d'être inconnu du Conseil d'Etat, comme en témoigne notamment l'arrêt d'Assemblée du 30 octobre 2009 rendu non pas sur le fondement de la loi du 27 mai 2008 précitée, postérieure aux faits dénoncés, ni sur celui de la directive du 27 novembre 2000 regardée comme dépourvue d'effet direct eu égard à la définition de l'office du juge administratif et au caractère inquisitorial de sa procédure :

« Considérant (...) que, de manière générale, il appartient au juge administratif, dans la conduite de la procédure inquisitoire, de demander aux parties de lui fournir tous les éléments d'appréciation de nature à établir sa conviction ; que cette responsabilité doit, dès lors qu'il est soutenu qu'une mesure a pu être empreinte de discrimination, s'exercer en tenant compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes ; que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile » (CE, Assemblée, 30 octobre 2009, n° 298348, publié au Recueil).

Commentant cette décision, Mme Liéber et M. Botteghi précisent ainsi, dans leur chronique à l'AJDA (2009, p. 2391) :

*« Devant le juge administratif, ni texte ni théorie générale ; c'est par la pratique contentieuse que le régime [de la preuve] s'est défini (v. R. Odent, Contentieux administratif, t. I, p. 716 et s.). L'inégalité de nature des parties au procès administratif a conduit le juge à aménager la charge de la preuve. Celle-ci n'incombe pas réellement au requérant, qui doit seulement avancer tous les éléments de preuve qu'il peut, y compris des présomptions. L'existence de ces preuves, parfois à l'état d'ébauche, met alors le fardeau de la preuve contraire à la charge de l'adversaire, généralement l'administration, qui dispose souvent seule des faits (R. Odent, préc. ; L. Cadoux, La charge de la preuve devant le Conseil d'Etat, EDCE, 1953). Pour résumer, ainsi que l'explique Jacques Arrighi de Casanova (concl. sur CE sect. 29 juill. 1994, SA Prodès International, n° 111884), **la logique - la « nature des choses » - veut que « la charge de fournir les pièces et justifications nécessaires à la solution d'un litige ne peut incomber qu'à la partie qui est seule en mesure de le faire »**. Et le juge supplée les parties quand il le faut, en faisant usage de ses pouvoirs d'instruction, qui sont larges, pour obtenir les documents utiles à la résolution du litige, le silence d'une partie étant mis à son débit (outre l'arrêt Barel, v. CE ass. 11 mai 1973, Sieur Sanglier, n° 79230, Lebon 344 et l'actuel art. R. 612-5 CJA). »*

Cet arrêt s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence Barel qui avait déjà admis qu'il incombe à l'administration d'établir les motifs de sa décision dès lors que les requérants

« se prévalent à l'appui de leur allégation de circonstances et de faits précis constituant des présomptions sérieuses » (CE, Assemblée, 28 mai 1954, n° 28238, 28493, 28524, 30237 et 30256, publié au Recueil).

Et récemment, le Conseil d'Etat a confirmé cette jurisprudence sur la répartition de la preuve en distinguant la charge de l'allégation de celle de la preuve et en précisant l'office du juge de l'excès de pouvoir :

« il appartient au juge de l'excès de pouvoir de former sa conviction sur les points en litige au vu des éléments versés au dossier par les parties ; que s'il peut écarter des allégations qu'il jugerait insuffisamment étayées, il ne saurait exiger de l'auteur du recours que ce dernier apporte la preuve des faits qu'il avance ; que, le cas échéant, il revient au juge, avant de se prononcer sur une requête assortie d'allégations sérieuses non démenties par les éléments produits par l'administration en défense, de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction des requêtes et de prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction, en particulier en exigeant de l'administration compétente la production de tout document susceptible de permettre de vérifier les allégations du demandeur ;

Considérant, dès lors, qu'en faisant supporter à Mme B la charge de la preuve de l'existence d'emplois vacants dans le département dans lequel elle demandait à être réintégrée, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a commis une erreur de droit » (CE, 26 novembre 2012, n° 354108, publié au Recueil ; chron. X. Domino et A. Bretonneau, AJDA 2012, p. 2378).

En l'état de la jurisprudence du Conseil d'Etat, cette solution reste réservée au seul contentieux de l'excès de pouvoir. Mais elle pourrait être étendue au contentieux indemnitaire lorsqu'est en cause la faute constituée par l'illégalité d'un acte administratif puisque, dans ce cas, la preuve des motifs de l'acte pose les mêmes difficultés que dans le contentieux de l'excès de pouvoir.

b) – La Cour de cassation n'est pas non plus insensible aux difficultés d'apporter la preuve d'un fait ou des motifs d'un acte.

Ainsi, alors que le délit d'abus de biens sociaux, prévu et réprimé par l'article L 242-6, 3° du code de commerce, exige, de la part du ministère public, non seulement la preuve d'un acte contraire à l'intérêt de la société mais aussi celle que l'auteur de l'acte a agi à des fins personnelles ou pour favoriser un autre entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement, la finalité de l'acte peut être difficile, voire impossible, à établir, dans l'hypothèse d'un détournement de fonds de la société si la destination finale des fonds détournés ne peut être établie par l'instruction.

Cette finalité est nécessairement connue de l'auteur de l'acte mais il n'en supporte pas la preuve qui est à la charge du ministère public.

Pour résoudre cette difficulté, la Chambre criminelle a créé une présomption simple d'usage à des fins personnelles des fonds détournés :

« Attendu que, pour condamner pour abus de biens sociaux Georges X..., gérant de fait de la société Berdal Touristique, ayant pour objet l'exploitation d'un hôtel, les juges relèvent que, sur ses instructions, a été constituée une caisse noire alimentée par une partie des recettes du bar et du restaurant de l'établissement ; qu'ils énoncent que les sommes ainsi soustraites de la comptabilité, d'un montant de 1 200 000 francs environ, ont servi, dans la proportion de 25 %, à rémunérer des employés non déclarés et que, faute de justification de son emploi, le surplus, prélevé par le prévenu, a été utilisé par ce dernier à des fins personnelles ;

Attendu qu'en prononçant ainsi, la cour d'appel a justifié sa décision sans encourir les griefs allégués » (Cass. Crim. 11 janvier 1996, n° 95-81776, Bull. crim. n° 21).

Dans la ligne de cette jurisprudence, la Chambre criminelle affirme ainsi :

« selon l'article L. 241-3, 4 du Code de commerce, s'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, les fonds sociaux, prélevés de manière occulte par un dirigeant social, l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel » (27 mars 2002, n° 01-84195).

Dans le domaine du contentieux des élections professionnelles, la Chambre sociale de la Cour de cassation a dû tenir compte de la circonstance que l'employeur, chargé de l'organisation de ces élections, était, dans le même temps, seul détenteur des informations nécessaires à la vérification de la régularité du processus électoral. En conséquence, en cas de contestation par les organisations syndicales de la régularité de la liste électorale, elle fait peser la charge de la preuve de cette régularité sur l'employeur :

« Vu les articles L. 423-7, L. 433-4 devenus les articles L. 2314-15 et L. 2324-14 du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige, et 1315 du code civil ;

Attendu que l'employeur étant tenu d'établir la liste électorale, il lui appartient, en cas de contestation, de fournir les éléments nécessaires au contrôle de sa régularité ;

Attendu que pour valider les élections, le tribunal retient qu'il appartient au syndicat qui a eu la liste des salariés des entreprises extérieures d'établir que des salariés nominativement désignés remplissant la condition d'intégration étroite et permanente à la communauté de travail auraient été exclus à tort de l'électorat du comité d'établissement et des délégués du personnel ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il était constant qu'avaient été exclus de la liste électorale du comité d'établissement l'intégralité des salariés appartenant à des entreprises extérieures et un certain nombre d'entre eux de la liste électorale des délégués du personnel et qu'il appartenait à l'employeur de fournir les éléments nécessaires au contrôle de la régularité de ces listes, le tribunal qui a inversé la charge de la preuve, a violé les textes susvisés » (Cass. Soc. 13 novembre 2008, n° 07-60434, Bull. V n° 219, D. 2009, p. 590, note L. Camaji).

B - Ces correctifs au principe « actori incumbit probatio », certes justifiés par la loyauté du débat juridictionnel, trouvent sans doute un fondement solide dans le principe de de l'égalité des armes.

L'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales prescrit que

*« toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue **équitablement**, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».*

L'égalité des armes est à la base du procès équitable et imprègne tout le droit au recours effectif :

« Même en l'absence de partie poursuivante, un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait dans des conditions de nature à placer injustement un accusé

dans une situation désavantageuse » (CEDH, 17 janvier 1970, Delcourt c/ Belgique, n° 2689-65 § 34).

Cette jurisprudence est reprise, dans ses termes mêmes, par le Conseil d'Etat (CE, 6 juin 2007, n° 270955, mentionné aux tables du Recueil ; RFDA 2008, p. 746, obs. L. Sermet).

En conséquence, le principe de l'égalité des armes

« implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves - dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire » (CEDH, 27 oct. 1993, Dombo Beheer B.V. c/ Pays Bas, n° 14448/88, § 33 ; voir également : 16 juin 2005, Storck c/ Allemagne, n° 61603/00, § 161).

En conséquence, la Cour européenne est conduite à vérifier que la détermination de la charge de la preuve ne méconnaît pas le principe de l'égalité des armes et l'article 6 § 1 de la convention (voir également : CEDH, 6 février 2009, Carlson c/ Suisse, n° 42492/06, § 77), ou que cette charge n'est pas excessive (CEDH, 11 janvier 2005, Blucher c/ République tchèque, n° 58580/00, § 62).

En application de ce principe, la Cour de cassation juge, en limitant la portée du droit au respect de la vie privée, que

« constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions » (Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-10.606, Bull. IV n° 130 ; D. 2007, p. 2775, obs. A. Lepape).

Il apparaît ainsi que si chaque Etat détermine selon son droit interne les modalités de la preuve, le principe d'égalité des armes mis en œuvre par la Cour européenne à partir de la notion de procès équitable de l'article 6 § 1 de la convention, permet de corriger le principe « *actori incumbit probatio* » lorsque la charge de la preuve est excessive ou que les éléments de preuve sont exclusivement détenues par l'autre partie au litige.

La loyauté du débat juridictionnel est ainsi mise en œuvre, pour ce qui concerne la charge de la preuve, dans le principe d'égalité des armes.

II – La loyauté dans les modes de preuve.

La question est ici du rôle du principe de loyauté dans l'admissibilité des preuves dans le débat juridictionnel.

Si la jurisprudence judiciaire et administrative utilise le principe de loyauté pour écarter certaines preuves à raison de leur origine (A), ce principe, à géométrie assez variable, ne semble pas être appliqué de manière cohérente et paraît n'être en réalité et pour l'essentiel que la recherche de la licéité du procédé de preuve (B).

A – La référence au principe de loyauté.

L'examen de la jurisprudence judiciaire fait apparaître que ce principe est utilisé directement pour écarter des pièces.

Ainsi, l'arrêt d'assemblée plénière du 7 janvier 2011 (n° 09-14316 et 09-14667, Bull. n° 1) vise-t-il un principe de loyauté dans l'administration de la preuve aux côtés de l'article 9 du code de procédure civile et de l'article 6 § 1 de la CEDH pour exclure une preuve, en l'occurrence l'enregistrement d'une communication téléphonique, obtenue à l'insu de l'un des interlocuteurs :

« Vu l'article 9 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve ;

Attendu que, sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence ; que l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ;

Cette recherche de la conscience que l'intéressé a ou doit avoir de ce que ses propos, écrits ou comportements sont susceptibles d'être enregistrés et utilisés à son encontre se retrouve dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui interdit aux employeurs de mettre en œuvre des procédés de surveillance clandestins des salariés :

« Vu l'article 9 du code de procédure civile ;

Attendu que si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de surveillance clandestin et à ce titre déloyal » (Cass. soc. 18 mars 2008 n° 06-45093, Bull. V n° 64).

Cette jurisprudence, avec son attendu de principe et toujours au visa de l'article 9 du code de procédure civile, a été appliqué à la mise en œuvre d'un stratagème destiné à découvrir, dans un centre de tri de la Poste, l'auteur de l'ouverture de lettres destinées à des particuliers :

« Vu l'article 9 du code de procédure civile ;

(...)

Attendu cependant que si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle clandestin et à ce titre déloyal ;

Qu'en statuant comme elle a fait, alors que l'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel constitue un stratagème rendant illicite le moyen de preuve obtenu, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (Cass. Soc., 4 juillet 2012, n° 11-30266, Bull. n° 208 ; cf. également : 6 février 2013, n° 11-23738, publié au Bulletin).

La déloyauté est encore employée pour censurer des procédés consistant pour l'employeur à rechercher des éléments de preuve sur un dictaphone personnel au salarié, en son absence et sans le mettre en mesure de les discuter :

« Vu les articles 9 du code de procédure civile, 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve ;

Attendu que pour dire le licenciement fondé sur une faute grave, débouter la salariée de ses demandes d'indemnisation et la condamner à verser à l'employeur des dommages-intérêts l'arrêt retient que le directeur ayant découvert le dictaphone de la salariée en mode enregistrement dans les locaux de l'entreprise il était fondé à le retenir et à en écouter immédiatement l'enregistrement en l'absence de la salariée mais en présence de plusieurs témoins et que le fait pour un cadre d'enregistrer de façon illicite des conversations de bureau à l'insu de ses collègues et d'occasionner ainsi un certain émoi et un climat de méfiance ou de suspicion contraire à l'intérêt de la société constitue une faute grave ;

Qu'en statuant ainsi, alors d'une part que l'employeur ne pouvait procéder à l'écoute des enregistrements réalisés par la salariée sur son dictaphone personnel en son absence ou sans qu'elle ait été dûment appelée, et alors d'autre part que les enregistrements ayant été détruits, la salariée avait été mise dans l'impossibilité d'apporter une preuve contraire aux attestations qu'il produisait, la cour d'appel a violé les textes et le principe susvisés » (Cass. Soc. 23 mai 2012, n° 10-23521, Bull. V n° 156).

La Chambre criminelle condamne également, au nom du principe de loyauté, les procédés de preuve consistant en des provocations :

« porte atteinte au principe de la loyauté des preuves et au droit à un procès équitable, la provocation à la commission d'une infraction par un agent de l'autorité publique ou par son intermédiaire ; que la déloyauté d'un tel procédé rend irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus » (Crim. 11 mai 2006, n° 05-84837, Bull. crim. n° 132).

Constitue ainsi un procédé de preuve inadmissible la création d'un site pornographique destiné à servir d'appât (Crim. 7 février 2007, n° 06-87753, Bull. crim. n° 37).

Enfin, le juge administratif, statuant en matière fiscale, utilise aussi, mais sans le nommer à la différence de la Cour de cassation (Cass. Com. 18 juin 1996, n° 94-17312, Bull. IV n° 157), le principe de loyauté dont il exige le respect par l'administration fiscale. Celle-ci ne peut obtenir les preuves qu'elles recherchent à l'occasion de ses demandes de renseignements, en usant de procédés déloyaux :

*« si l'administration fiscale est en droit d'utiliser, pour les besoins de l'établissement de l'assiette et du contrôle des impositions de toute nature, tous les renseignements qu'elle a pu recueillir auprès des contribuables, elle ne peut pas, pour obtenir ces renseignements, adresser aux contribuables des demandes de justifications, sur le fondement de dispositions telles que celles de l'article L. 16 du livre des procédures fiscales, en dehors du champ d'application de ces dispositions **et en induisant les contribuables en erreur sur l'étendue de leurs obligations et sur les conséquences qu'elle pourrait tirer, sur le fondement des articles L. 69 et L. 73 du livre des procédures fiscales relatifs à la taxation et à l'évaluation d'office, de leur défaut de réponse »** (CE, Section, 16 avril 2012, n° 320912, publié au Recueil ; également : CE, 1^{er} juillet 1987, n° 54222, publié au Recueil).*

Cet examen rapide de la jurisprudence montre bien que le principe de loyauté irrigue la question de l'admissibilité des modes de preuve. Même s'il ne figure pas dans le Titre 1^{er} du Livre 1^{er} du code de procédure civile, la tentation est grande de le regarder comme un principe directeur du procès :

« [ce principe] participe pleinement à la réalisation du droit fondamental de toute partie à un procès équitable et s'applique en tout domaine, y compris en droit de la concurrence. Si les enjeux économiques ne doivent pas être ignorés du juge, ils ne peuvent cependant le détourner de l'obligation de statuer suivant les principes fondamentaux qui fondent la légitimité de son action » (Communiqué de la Première

présidence de la Cour de cassation sur l'arrêt d'Assemblée plénière du 7 janvier 2011, cf. site de la Cour de cassation).

B – Pour autant, l'application de ce principe n'est ni uniforme, ni très cohérente et son rôle n'est peut-être que résiduel.

1) - Tout d'abord, et s'agissant des atteintes à la vie privée, protégée par l'article 9 du code civil, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme, (10 octobre 2006, L. L. c/ France, n° 7508/02 ; N. N. et T. A. c/ Belgique, 13 mai 2008 n° 65097/01) qui met en balance les intérêts et recherche pour se déterminer sur l'admissibilité de la preuve la proportionnalité de l'atteinte aux intérêts protégés, la Cour de cassation ne rejette pas nécessairement une preuve obtenue à l'insu de la partie concernée (cf. Etude sur la preuve, Rapport de la Cour de cassation 2012, p. 329) :

« Vu les articles 9 du code civil et du code de procédure civile, ensemble, les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Attendu que pour retirer des débats une lettre écrite par M. Jean X... aux époux Y..., ses beaux-parents, trouvée après leurs décès dans leurs papiers par M. Pierre Y..., leur fils, gérant de l'indivision successorale, et par laquelle ce dernier prétendait établir une donation immobilière rapportable faite en faveur de Mme Marie-Agnès Y..., épouse Jean X..., l'arrêt retient qu'il produit cette missive sans les autorisations de ses deux sœurs ni de son rédacteur, violant ainsi l'intimité de sa vie privée et le secret de ses correspondances ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » (Cass. Civ. 1^{ère}, 5 avril 2012, n° 11-14177, Bull. I n° 85).

Par ailleurs, la Chambre criminelle de la Cour de cassation admet l'admissibilité d'une preuve résultant de l'enregistrement clandestin de conversations privées :

« Attendu que, pour rejeter le moyen de nullité pris du versement au dossier des enregistrements de conversations privées réalisés par le maître d'hôtel de Mme Y... à l'insu de celle-ci et de ses interlocuteurs, dont ses avocats, et des pièces subséquentes, l'arrêt relève notamment que ne peut être annulé un document, versé en procédure, qui est produit par un particulier, constitue une pièce à conviction et ne procède, dans sa confection, d'aucune intervention, directe ou indirecte, d'une autorité publique ; que les juges ajoutent qu'il en va également ainsi de la transcription de conversations échangées entre un avocat et un client, l'argumentation prise, d'une part, des dispositions de l'article 100-5 du code de procédure pénale, applicables aux seules interceptions de correspondances ordonnées par une autorité publique et, d'autre part, de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, relatif aux documents couverts par le secret professionnel de l'avocat, étant inopérante ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, la chambre de l'instruction a justifié sa décision, dès lors que les enregistrements contestés ne sont pas en eux-mêmes des actes ou des pièces de l'information, au sens de l'article 170 du code de procédure pénale, et comme tels, susceptibles d'être annulés, mais des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement, et que la transcription de ces enregistrements, qui a pour seul objet d'en matérialiser le contenu, ne peut davantage donner lieu à annulation » (Cass. Crim. 31 janvier 2012, n° 11-85464, Bull. crim. n° 27).

Le débat contradictoire permettrait ainsi de purger la déloyauté de l'origine de la preuve, thèse que soutient le Professeur P. Y. Gautier (notamment : RTD Civ. 1992, p. 418 ; également D. 2001, p. 3148).

Ainsi, outre que le principe de loyauté n'est pas défini en droit et fait l'objet d'une application plus intuitive qu'objective, il semble pouvoir être écarté d'une part s'il apparaît que l'atteinte ainsi portée reste équilibrée au regard du droit à la preuve et proportionnée aux intérêts protégés, d'autre part, si la preuve ainsi obtenue a pu être discutée contradictoirement, ce qui manifesterait une absorption du principe de loyauté par celui du contradictoire.

2) - Outre ces errements qui rendent le principe de loyauté peu opérationnel, la question peut se poser de savoir si, en réalité, sa portée n'est pas résiduelle, limitée aux cas où le juge ne trouve pas de textes lui permettant de fonder l'illicéité de la preuve.

L'arrêt d'assemblée plénière du 7 janvier 2011 déjà cité vise le principe de loyauté dans l'administration de la preuve aux côtés de l'article 9 du code de procédure civile. Et il en va de même notamment de l'arrêt, également précité, de la Chambre sociale du 23 mai 2012.

Or, cet article 9 précise bien qu'

*« Il incombe à chaque partie de prouver **conformément à la loi** les faits nécessaires au succès de sa prétention ».*

Pour être admissible, la preuve doit donc être simplement licite, légale. Sauf à ce que la loi ou la jurisprudence donne un contenu juridique autonome au principe de loyauté (dont l'étymologie est d'ailleurs « legalis »), il faut et il suffit donc de rechercher la légalité de la preuve.

Cette légalité peut d'abord être trouvée dans les textes eux-mêmes et lorsque c'est le cas, point n'est besoin de recourir à un quelconque principe de loyauté. Ainsi, les articles 259 et suivants du code civil interdisent, en matière de divorce, que la preuve des griefs invoqués par les époux puissent être apportés par les témoignages des descendants, par des éléments obtenus par violence ou par fraude, par des constats établis par violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée. Au visa de ces textes, la Cour de cassation a censuré une Cour d'appel qui s'était d'ailleurs fondée sur le principe de loyauté pour écarter certaines pièces du débat :

« Vu les articles 259 et 259-1 du code civil ;

Attendu qu'en matière de divorce, la preuve se fait par tous moyens ; que le juge ne peut écarter des débats un élément de preuve que s'il a été obtenu par violence ou fraude ;

Attendu qu'un jugement du 12 janvier 2006 a prononcé à leurs torts partagés le divorce des époux X... - Y..., mariés en 1995 ; que, devant la cour d'appel, Mme Y... a produit, pour démontrer le grief d'adultère reproché à M. X..., des minimeessages, dits "SMS", reçus sur le téléphone portable professionnel de son conjoint, dont la teneur était rapportée dans un procès-verbal dressé à sa demande par un huissier de justice ;

Attendu que, pour débouter Mme Y... de sa demande reconventionnelle et prononcer le divorce à ses torts exclusifs, la cour d'appel énonce que les courriers électroniques adressés par le biais de téléphone portable sous la forme de courts messages relèvent de la confidentialité et du secret des correspondances et que la lecture de ces courriers à l'insu de leur destinataire constitue une atteinte grave à l'intimité de la personne ;

Qu'en statuant ainsi, sans constater que les minimessages avaient été obtenus par violence ou fraude, la cour d'appel a violé les textes susvisés » (Cass. Civ. 1^{ère} 17 juin 2009, n° 07-21796 Bull. I n° 132).

De manière plus générale, l'illicéité de la preuve obtenue par violence peut se fonder sur l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

De même, point n'est besoin du principe de loyauté pour écarter du débat les éléments de preuve collectés par un bailleur qui s'était introduit dans les lieux loués sans le consentement du locataire (Cass. Civ. 3^{ème} 10 mars 2010, n° 09-13082 Bull. n° 62). La méconnaissance des dispositions applicables aux baux suffit.

Et, en matière pénale, la déloyauté du procédé de preuve se confond souvent avec son caractère délictueux. Toute preuve qui serait le produit d'une infraction commise par les autorités publiques est ainsi irrecevable (Crim. 28 octobre 1991, p n°90-83.692, à propos du vol de documents par des employés de banque à l'instigation de douaniers). Il en va de même pour l'utilisation par le fisc de documents provenant d'un vol pour soutenir une demande de visite domiciliaire en application de l'article L 16 B du livre des procédures fiscales :

« Mais attendu que c'est à bon droit qu'après avoir constaté que des documents produits par l'administration au soutien de sa requête avaient une origine illicite, en ce qu'ils provenaient d'un vol, le premier président a annulé les autorisations obtenues sur la foi de ces documents, en retenant qu'il importait peu que l'administration en ait eu connaissance par la transmission d'un procureur de la République ou antérieurement » (Cass. Com. 31 janvier 2012, n° 11-13097, Bull. IV n° 22 ; cf. également : 7 avril 2010, n° 09-15122, Bull. IV n° 73).

Il est donc tentant de conclure que le principe de loyauté dans l'administration de la preuve est inutile et que la déloyauté de la preuve se confond avec son illicéité proclamée par un texte. Et lorsqu'un tel texte existe, la preuve est écartée sans qu'il soit besoin de la qualifier de déloyale (cf. Cass. Civ. 1^{ère} 17 juin 2009 et Civ. 3^{ème}, 10 mars 2010 précité).

Il reste qu'en l'absence de texte interdisant le procédé de preuve, le principe de loyauté peut conserver une fonction pour écarter une preuve comme le montre la jurisprudence consacrée aux preuves obtenues « à l'insu » de la partie (cf. notamment A. P. 7 janvier 2011, Cass. soc. 18 mars 2008 ; 4 juillet 2012, 6 février 2013 précités). Mais le principe de loyauté est alors affirmé sans autre justification que celle d'une règle de valeur morale, comme la traduction juridique et procédurale des notions de probité, d'honnêteté, tant il semble difficile, voire impossible, de le rattacher à un texte ou à un principe juridique bien établi (cf. le rapport du Conseiller Bague sur l'arrêt d'Assemblée plénière du 7 janvier 2011, qui cite cependant l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui proscrit l'auto-incrimination). Ainsi affirmé, le principe de loyauté s'inscrit nécessairement dans la condition de conformité de la preuve à la loi posée par l'article 9 du code de procédure civile.

En conclusion, comme l'écrit Mme. le Premier avocat général Petit,

« la loyauté est, on le sait, une vertu qui fait référence à une valeur universelle mais sa traduction dans les relations processuelles implique qu'elle soit identifiée par le biais d'une obligation juridique, sanctionnée en cas de non-respect, de façon à permettre d'en assurer son application » (avis sur l'arrêt d'Assemblée plénière du 7 janvier 2011, site de la Cour de cassation).

Le problème est bien là. Fondamentalement, la loyauté est une valeur morale dont la traduction juridique reste aujourd'hui tellement imparfaite qu'elle est pour le praticien d'un usage très difficile.

L'examen rapide de la jurisprudence auquel il a été procédé à l'occasion de la rédaction de ces lignes semble montrer que le principe de loyauté dans la preuve doit être rattaché soit au principe de l'égalité des armes prescrit par le procès équitable, soit à la licéité de la preuve imposée par l'article 9 du code de procédure civile. En tant que notion autonome, le principe de loyauté n'a qu'une portée résiduelle.

Et de résiduel, le principe de loyauté pourrait aussi devenir inutile si, comme le remarque le Professeur P. Y. Gautier (RTD Civ. 2001, p. 3148 et 1992, p. 418), se développaient en jurisprudence le mécanisme de purge de l'irrégularité par la discussion contradictoire de la preuve ainsi que le recours aux ordonnances sur requête de l'article 493 du code de procédure civile.

En l'état, pour le praticien, le principe de loyauté n'est bien que l'un de « *ces détestables mots qui ont plus de valeur que de sens ...* ».

Denis GARREAU