

La preuve fournie par les parties privées : confirmation de la tolérance quant au principe de loyauté

Jérôme Lasserre Capdeville, Maître de conférences à l'Université de Strasbourg

Par une formule devenue aujourd'hui célèbre, le Doyen Bouzat définissait le principe de loyauté de la preuve comme « une manière d'être dans la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice »<sup>(1)</sup>. Différentes branches du droit se montrent aujourd'hui très attachées à cette exigence de loyauté en matière de preuve<sup>(2)</sup>. Il en va ainsi avec le droit civil<sup>(3)</sup>, le droit social<sup>(4)</sup> ou encore le droit de la concurrence<sup>(5)</sup>. Mais qu'en est-il en matière de procédure pénale ? L'arrêt rendu par la chambre criminelle le 27 janvier 2010 vient nous renseigner sur ce point.

M. X., directeur technique de la SARL M., qui faisait l'objet d'une procédure de licenciement, avait dénoncé aux services de gendarmerie l'agissement du gérant de cette société, M. Y., qui aurait détourné des fonds sociaux pour effectuer des travaux dans un bâtiment appartenant à une SCI dont il était également gérant et dont il avait fait sa résidence principale. Plus précisément la main-d'oeuvre qui avait travaillé sur le chantier était celle de la SARL et rémunérée par elle, le matériel appartenait également à cette dernière et les matériaux lui étaient facturés. M. X. avait alors remis aux gendarmes différents documents pour étayer ses dires : états comptables, relevés de dépenses, factures et fiches de pointage des ouvriers. À l'issue de l'enquête, M. Y. était poursuivi du chef d'abus de biens sociaux. Il soutenait cependant que les pièces remises par son salarié avaient été obtenues frauduleusement et devaient, en conséquence, être écartées des débats. La cour d'appel de Chambéry le déclarait néanmoins coupable d'abus de biens sociaux. Selon elle, M. X. faisait encore partie du personnel de la société le jour de la dénonciation et en tant que directeur technique, il avait accès aux différents documents qu'il avait remis aux gendarmes. Il n'était d'ailleurs pas démontré qu'il avait frauduleusement soustrait les pièces qu'il avait produites. Rien ne justifiait, par conséquent, qu'elles soient écartées des débats.

Un pourvoi en cassation était alors formé par le prévenu. Plusieurs moyens étaient invoqués concernant tant les éléments constitutifs du délit d'abus de biens sociaux que la procédure suivie. Le prévenu contestait, notamment, le refus de la mise à l'écart des débats des pièces produites par M. X. La Cour de cassation rejette cependant le pourvoi par un arrêt du 27 janvier 2010. Selon la Haute juridiction, « dès lors qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écartier des moyens de preuve remis par un particulier aux services d'enquête, au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale et qu'il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante, après les avoir soumis à la discussion contradictoire, la cour d'appel a justifié sa décision ».

Cette décision vient donc confirmer une solution rendue par plusieurs arrêts ces vingt dernières années aux termes de laquelle la loyauté de la preuve ne s'impose pas aux parties privées du moment que le principe du contradictoire a bien été respecté. L'arrêt n'est cependant pas pour autant à l'abri de toute incertitude, dans la mesure où il fait suite à une autre décision qui semblait avoir voulu se démarquer de ce courant jurisprudentiel.

L'exclusion du principe de loyauté

Depuis deux décennies, la chambre criminelle a rendu une série de décisions qui accueillent des preuves, non seulement de la partie civile<sup>(6)</sup>, mais également de la personne mise en examen<sup>(7)</sup>, d'un témoin<sup>(8)</sup>, voire d'un tiers à la procédure<sup>(9)</sup>, sans exiger le respect du principe de loyauté. C'est ainsi que, dans la majorité de ces arrêts, figure une formule aux termes de laquelle la circonstance que les documents ou les enregistrements produits par

l'une des parties aient été obtenues de façon illicite ou déloyale ne permet pas au tribunal de les écarter dès lors qu'ils peuvent être discutés contradictoirement. La chambre criminelle souhaite de la sorte privilégier la découverte de la vérité<sup>(10)</sup>. Précisons que, dans quelques affaires, la jurisprudence a été jusqu'à admettre que des infractions pouvaient être commises par certaines personnes privées dans le but de se procurer de tels éléments de preuve<sup>(11)</sup>.

Ainsi, les personnes privées ne sont pas soumises au devoir de loyauté dans l'obtention de preuves<sup>(12)</sup>. L'arrêt étudié confirme cette solution. Il rappelle qu'aucune disposition légale ne permet au juge répressif d'écarter des moyens de preuve remis par un particulier aux services d'enquête, « au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ». Cette solution est-elle contestable ? On ne peut nier qu'à l'exception du *testing*<sup>(13)</sup>, elle n'est guère fondée légalement. Certains auteurs se sont d'ailleurs montrés très critiques<sup>(14)</sup> envers elle. Pourtant, selon nous, plusieurs arguments plaident en faveur d'une telle jurisprudence. D'une part, aucun texte ne s'oppose à l'exclusion de la loyauté. D'autre part, il est évident que les parties privées, et notamment les victimes, éprouvent souvent de grandes difficultés à rassembler la preuve des agissements dont elles ont souffert ou qui leur sont reprochés. Il n'est donc pas inopportun de leur laisser un plus large pouvoir en la matière. En outre, si la liberté de la preuve doit s'exercer dans le respect du principe de légalité, il faut rappeler que ce principe, entendu comme l'exigence d'une loi préalable, est applicable exclusivement aux actes des agents de l'autorité publique. Par conséquent, lorsqu'une partie ou une personne extérieure au procès tente d'établir la preuve d'une infraction, on ne saurait subordonner la recevabilité du moyen de preuve produit par celle-ci au respect des formes prévues par la loi qui ne s'imposent pas à elle<sup>(15)</sup>. Enfin, le juge n'a aucunement ouvert, en la matière, la boîte de Pandore. En effet, une obligation de respecter le contradictoire vient tempérer cette exclusion du principe de loyauté.

#### Le maintien du principe du contradictoire

Aux termes de l'article 427, alinéa 2, du code de procédure pénale, « le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui ». Or, le respect du contradictoire est justement, ici, la condition *sine qua non* à la bienveillance jurisprudentielle bénéficiant aux parties privées. En effet, les arrêts évoqués plus haut prennent soin de constater que les preuves produites par les parties, et manifestement contraires au principe de loyauté, demeurent recevables du moment où elles ont été soumises à la discussion contradictoire des parties, notamment lors de l'audience, le juge exerçant par la suite son pouvoir souverain d'appréciation. L'arrêt étudié réitère cette solution<sup>(16)</sup>.

Notons que cette dernière n'est d'ailleurs pas à l'abri de toutes critiques d'un simple point de vue juridique. En effet, comme le relève un auteur<sup>(17)</sup>, l'argument du contradictoire qui viendrait de la sorte « purger » la pièce de son vice originel demeure contestable. En effet, avant d'envisager les vertus de la contradiction, il convient de se questionner sur la recevabilité de ces éléments de preuve. Or, la première implique nécessairement la seconde. Elle ne saurait, en revanche, y suppléer. Néanmoins, au-delà de cette controverse juridique, on ne peut contester l'intérêt de la solution, qui vient limiter les risques d'abus du régime de faveur dégagé par les magistrats au bénéfice des parties privées en matière de preuve.

L'arrêt étudié va donc clairement dans le sens de la jurisprudence précitée. Demeure-t-il pour autant parfaitement clair ? Pas tout à fait. Cette décision peut également nous amener à nous interroger par ce qu'elle ne dit pas.

#### Les ultimes incertitudes

À plusieurs occasions, la chambre criminelle a admis la commission d'une infraction par une personne pour se constituer une preuve<sup>(18)</sup>, sous le respect de certaines conditions. Il s'agit ainsi souvent de salariés ayant soustrait différents documents à leurs employeurs afin de les photocopier et de les produire à l'occasion d'un litige prud'homal les opposant à ces mêmes employeurs. Mais de telles preuves sont-elles recevables devant le juge pénal ? Une réponse positive s'impose, comme le démontre un arrêt de la chambre criminelle du 31

janvier 2007<sup>19</sup> par lequel la Haute juridiction approuve la cour d'appel d'avoir admis comme mode de preuve la production d'un enregistrement « dès lors qu'elle est justifiée par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont l'auteur de l'enregistrement est victime et par les besoins de sa défense ». Dès lors, pour résumer, parce que l'infraction commise était justifiée par les besoins de la défense du prévenu ou de la partie civile, la pièce obtenue pouvait être administrée.

Or, récemment, la Cour de cassation a semblé vouloir remettre en cause, du moins pour partie, cette solution. En effet, par un arrêt du 9 juin 2009<sup>20</sup>, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre une décision de cour d'appel ayant condamné pour vol un salarié qui avait subtilisé un certain nombre de documents à son employeur. Pour la Haute juridiction, le fait justificatif tiré des droits de la défense ne saurait jouer en dehors d'un litige prud'homal. Le vol est donc punissable lorsque les documents photocopiés ont été produits dans le cadre d'un litige pénal, en l'espèce pour des faits de diffamation opposant l'employeur à son ancien salarié. Dès lors, nous aurions pu penser, à la vue de cet arrêt, que la Cour de cassation souhaitait, également, revenir sur l'admission des preuves obtenues à l'aide d'un acte illicite en sanctionnant de la sorte l'auteur de soustraction de documents en vue de se constituer des éléments de preuve. La décision du 27 janvier 2010, qui admet indistinctement la preuve obtenue « de façon illicite ou déloyale », démontre qu'il n'en n'est rien.

En revanche, une question demeure. M. Y. pourrait-il, dans un second temps, faire engager la responsabilité pénale de M. X. pour vol ? Une application de la solution rendue par l'arrêt du 9 juin 2009 pourrait nous faire répondre par la positive, dans la mesure où l'irresponsabilité pénale semble désormais limitée au cas où les pièces sont dérobées afin d'être produites devant le juge prud'homal. Cependant, et la décision étudiée en témoigne, il n'est pas certain que la Cour de cassation souhaite, dans l'avenir, confirmer la rigueur de la solution dégagée en juin 2009. D'autres arrêts seront donc encore nécessaires pour y voir clair également sur ce point.

#### Mots clés :

PREUVE \* Administration de la preuve \* Preuve obtenue par les parties \* Loyauté \* Salarié

(1) P. Bouzat, *La loyauté dans la recherche des preuves*, in *Mélanges L. Hugueney. Problèmes contemporains de procédure pénale*, Sirey, 1964, p. 172.

(2) Sur cette notion, V. par ex., M.-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, préf. S. Guichard, Dalloz, Nouv. coll. Thèses, 2003, vol. 23 ; Dossier La preuve : une question de loyauté ?, *AJ pénal* 2005. 261 ; P. Conte, *La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ?*, *Dr. pénal* 2009, étude 8 ; Ph. Bonfils et J. Lasserre Capdeville, *Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale*, in *La réforme du code pénal et du code de procédure pénale*, *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 247.

(3) Civ. 2<sup>e</sup>, 7 oct. 2004, *Bull. civ.*, II, n° 441 ; *D.* 2005. 122, note Ph. Bonfils ; *AJ pénal* 2005. 30, obs. C. S. Enderlin.

(4) Soc. 26 nov. 2002, *Bull. civ.*, V, n° 352 ; *D.* 2003. 1858, note J.-M. Brugière ; Soc. 23 mai 2007, *Bull. civ.*, V, n° 85.

(5) Com. 3 juin 2008, *Bull. civ.*, IV, n° 112 ; *D.* 2008. 2476, note M.-E. Boursier-Mauderly ; *Contra*, CA Paris, 29 avr. 2009, *D.* 2009. AJ. 1352, obs. E. Chevrier ; *Comm. commerce élect.* 2009, comm. 88, obs. M. Chagny.

(6) Crim. 23 juill. 1992, *D.* 1993. Somm. 206, obs. J. Pradel ; Crim. 6 avr. 1993, *JCP* 1993. II. 22144, note M.-L. Rassat ; Crim. 15 juin 1993, *D.* 1994. Jur. 613, obs. C. Mascala ; Crim. 6 avr. 1994, *Bull. crim.* n° 136 ; Crim. 30 mars 1999, *Bull. crim.* n° 59 ; *D.* 2000. Jur. 391, note Th. Garé.

(7) Crim. 30 mars 1999, *op. cit.*

(8) Crim. 26 avr. 1987, Bull. crim. n° 173 ; Crim. 11 juin 2002, Bull. crim. n° 131 ; RSC 2002. 879, obs. J.-F. Renucci  ; RTD civ. 2002. 498, obs. J. Mestre et B. Fages .

(9) Crim. 1<sup>er</sup> oct. 2003, Bull. crim. n° 176 ; AJ pénal 2003. 107, obs. J. Leblois-Happe .

(10) Sur la perte de puissance de cet argument, P. Conte, *op. cit.*, p. 14, n° 2.

(11) V. *infra* n° 18.

(12) Notons que la solution ne saurait, en revanche, bénéficier aux agents de l'autorité publique, Crim. 29 juin 1989, Bull. crim. n° 261 ; Crim. 28 oct. 1991, Bull. crim. n° 381 ; Crim. 16 déc. 1997, Bull. crim. n° 427 ; Dr. pénal 1998, comm. 61, obs. A. Maron ; D. 1998. Jur. 354, note J. Pradel  ; RSC 1999. 588, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire  ; Crim. 3 avr. 2007, Bull. crim. n° 102. Cette solution figure désormais à l'article 113-3 de l'avant-projet du futur code de procédure pénale, rendu public le 1<sup>er</sup> mars 2010.

(13) J. Lasserre Capdeville, *Le testing*, AJ pénal 2008. 310 .

(14) M.-L. Rassat note sous Crim. 6 avr. 1993, JCP 1993. II. 22144 ; E. Molina, Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain, RSC 2002. 275 .

(15) F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2009, n° 601. Les auteurs proposent d'autres justifications encore.

(16) Cette solution figure désormais à l'article 113-5 de l'avant-projet du futur code de procédure pénale, rendu public le 1<sup>er</sup> mars 2010.

(17) P. Conte, *op. cit.*, p. 14, n° 5.

(18) Pour un salarié accusé de vol de documents commis en vue d'une instance prud'homale, Crim. 11 mai 2004, Bull. crim. n° 113 et 117 ; D. 2004. Jur. 2326, note H. Kobina Gaba  ; RSC 2004. 635, obs. E. Fortis  ; 866, obs. G. Vermelle  ; D. 2004. Somm. 2759, obs. G. Roujou de Boubée  ; Crim. 4 janv. 2005, Bull. crim. n° 5 ; Crim. 15 févr. 2005, Dr. pénal 2005, comm. 72, obs. M. Véron ; Dr. et patr. 2005, n° 140, p. 102, obs. Ph. Bonfils ; Pour un journaliste poursuivi pour recel de pièces couvertes par le secret de l'instruction, et qu'il avait invoquées en défense dans une instance civile pour diffamation, Crim. 11 juin 2002, Bull. crim. n° 132 ; Dr. pénal 2002, comm. 135, obs. M. Véron ; RSC 2003. 93, obs. B. Bouloc  ; D. 2004. Somm. 317, obs. B. de Lamy . Pour un avocat, poursuivi pour violation du secret professionnel, à propos de pièces produites dans un litige l'opposant à son client, Crim. 16 mai 2000, Bull. crim. n° 192 ; Dr. pénal 2000, comm. 127, obs. M. Véron.

(19) Crim. 31 janv. 2007, Bull. crim. n° 27 ; Dr. pénal 2007, comm. 98, obs. M. Véron ; RSC 2007. 331, obs. R. Finielz .

(20) Crim. 9 juin 2009, D. 2009. 1714, obs. P. Chaumont et E. Degorce  ; D. 2010. Jur. 306, note H. Kobina Gaba  ; AJ pénal 2009. 361  ; RTD com. 2009. 814, obs. B. Bouloc  ; JCP E 2009. 2055, note M. Véron.