

Recueil Dalloz

Recueil Dalloz 2005 p. 122

Loyauté de la preuve et droit au procès équitable

Philippe Bonfils, Professeur à l'Université d'Auvergne - Clermont I

On le sait bien, être titulaire d'un droit est une chose, et pouvoir en rapporter la preuve en est souvent une autre. Cette difficulté explique que, parfois, certains se laissent tenter par le recours à des procédés déloyaux voire illicites, et cette tentation peut même paraître d'autant plus grande que les progrès scientifiques et techniques en multiplient les possibilités. Or, le droit positif n'a pas adopté de solution générale et ferme sur la question de la recevabilité des preuves déloyales. L'arrêt rendu par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation le 7 octobre 2004 mérite donc d'être signalé.

Il s'agissait de déterminer la nature de la remise d'une somme de 150 000 F entre deux personnes (prêt ou donation). A défaut d'écrit (l'arrêt est muet sur les raisons de cette absence d'écrit) les héritiers du *solvens*, partisans du prêt, avaient produit en justice une cassette contenant l'enregistrement d'une conversation téléphonique effectué par le *solvens*, à l'insu de son interlocutrice, l'*accipiens*. La Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 16 janvier 2003, avait admis la recevabilité de ce moyen de preuve et reconnu l'existence d'un prêt, en considérant que « *le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications était opposable aux tiers, mais pas à M. Poher (le solvens) qui avait pu valablement enregistrer une conversation qu'il avait eue personnellement avec une autre personne, ni à ses héritiers qui sont l'émanation de la personne [et] sa production à la présente instance ne portait pas atteinte à la vie privée de Mme Slusarek dès lors qu'aucun fait relevant de la sphère de son intimité n'était révélé, la discussion rapportée portant exclusivement sur le remboursement du prêt consenti par M. Poher et que la production de la cassette était un moyen de preuve recevable* ». Cette décision est cassée par la Cour de cassation, pour violation de la loi.

Sous le visa des articles 9 du nouveau code de procédure civile et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la deuxième Chambre civile affirme que « *l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue* ». La Cour de cassation pose donc très clairement l'exigence de la loyauté de la preuve (I), même si sa portée reste, dans une large mesure, incertaine (II).

I - L'exigence de loyauté de la preuve

Cette décision du 7 octobre 2004 mérite d'abord d'être rapportée au regard de l'exigence de loyauté de la preuve qu'elle affirme, et spécialement de la manière dont elle le fait.

A - Si l'exigence de loyauté de la preuve n'est pas nouvelle, il est rare que la jurisprudence lui accorde une telle reconnaissance, aussi nette et aussi solennelle. En effet, la loyauté de la preuve n'apparaît généralement pas à découvert ; elle se dissimule plutôt derrière d'autres principes, traditionnellement mieux établis  (1). Ainsi, la loyauté ne figure expressément ni dans le nouveau code de procédure civile, ni dans le code civil dans les dispositions relatives à la preuve, ni encore dans l'article préliminaire du code de procédure pénale, ni même dans la Convention européenne des droits de l'homme. Certes, on la pressent derrière l'article 15 du nouveau code de procédure civile relatif à la communication spontanée des pièces  (2), mais, textuellement, il s'agit de respecter le principe du contradictoire. Dans le même ordre d'idées, la loyauté figure certainement au coeur des articles 259-1 et 259-2 du code civil qui interdisent aux époux en instance de divorce de verser aux débats les lettres obtenues par violence ou fraude  (3) et les constats dressés après violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée, mais, là encore, la loyauté se dissimule derrière le droit au respect de la vie privée, ou l'interdiction de la fraude...

Même la jurisprudence se montre généralement frileuse. En effet, si la Cour de cassation a récemment affirmé avec force l'importance de la loyauté des débats (4), on peine à trouver une référence aussi explicite à la loyauté de la preuve. Ainsi, lorsque la Cour de cassation affirme que la filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite, elle le fait au visa des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 9 du code civil, en considérant l'atteinte portée à la vie privée (5). C'est, du reste, ainsi que raisonnait la cour d'appel en considérant que « *la production [de la cassette] à la présente instance ne portait pas atteinte à la vie privée de Mme Slusarek dès lors qu'aucun fait relevant de la sphère de son intimité n'était révélé* ». En cela, les juges d'appel avaient adopté un raisonnement extrêmement proche de celui retenu dans une décision de la Cour d'appel de Paris du 2 novembre 1995 qui, pour déclarer irrecevable la preuve obtenue par l'enregistrement clandestin d'une conversation téléphonique, avait relevé que la conversation entrait dans la sphère de la vie privée du salarié (6).

En fait, la loyauté de la preuve avait déjà permis, en tant que telle, d'écarter des enregistrements téléphoniques clandestins. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 mai 1998 (7) avait ainsi rejeté un enregistrement similaire au nom de la morale élémentaire des affaires et au visa de l'article 9 du nouveau code de procédure civile. Surtout, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment considéré, dans une décision du 25 février 2003 (8), qu'une cour d'appel avait pu valablement écarter des débats un enregistrement téléphonique obtenu de façon déloyale. Mais la portée de cet arrêt restait incertaine, s'agissant d'un arrêt de rejet, non publié au *Bulletin*, et qui, de surcroît, ne contenait pas de visa relatif à la preuve. La pleine reconnaissance que la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation donne donc à la loyauté dans sa décision du 7 octobre 2004 semble ainsi nouvelle, du moins dans sa forme (9).

B - Dans cette voie, le visa lui-même est une indication de l'importance conférée à la loyauté. Aux côtés de l'article 9 du nouveau code de procédure civile, selon lequel chaque partie doit prouver les faits nécessaires à sa prétention « *conformément à la loi* », la Cour de cassation vise l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce faisant, la loyauté de la preuve n'est pas rattachée à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, comme garantie de la vie privée, mais à l'article 6, en tant qu'élément du droit au procès équitable. Le changement qu'induit ce rattachement est essentiel parce qu'il donne à la loyauté de la preuve une dimension qu'elle n'avait sans doute pas. En effet, lorsque la loyauté est envisagée dans le cadre de la vie privée, elle est susceptible de connaître davantage de limitations que si elle s'inscrit au sein du droit au procès équitable. On songe ici à l'admission par la jurisprudence de la production de preuves attentatoires à la vie privée à l'occasion d'une procédure de divorce (10), ou encore aux possibilités pour l'employeur de porter atteinte à l'intimité de la vie privée de ses employés à la condition qu'une telle atteinte soit, selon les termes de l'article L. 120-2 du code du travail, justifiée « *par la nature de la tâche à accomplir* » et proportionnée « *au but recherché* » (11). Du reste, la Cour de cassation raisonne en cette matière conformément au droit européen, en mesurant la proportionnalité des atteintes portées à la vie privée au but poursuivi (12). Or, on imagine plus difficilement que des limites soient ainsi posées au droit au procès équitable, au nom d'intérêts supérieurs (l'art. 6 est de ce point de vue rédigé différemment de l'art. 8, en ce qu'il ne prévoit pas la possibilité de dérogation aux principes qu'il pose - hormis s'agissant de la publicité des débats). En définitive, la loyauté semble davantage protégée lorsqu'elle est rattachée au droit au procès équitable que lorsqu'elle est envisagée dans le cadre du droit au respect de la vie privée.

L'exigence explicite de loyauté de la preuve est d'autant plus notable qu'il n'était pas certain que le comportement du *solvens* n'ait été « *que* » déloyal... A supposer que l'on puisse effectivement distinguer déloyauté et illicéité de la preuve (lorsqu'elles sont déclarées irrecevables, de telles preuves sont toutes deux considérées comme contraires au droit et partant illicites), l'enregistrement secret d'une conversation téléphonique et sa conservation constituent l'infraction prévue par l'article 226-1 du code pénal, selon lequel est punissable « *le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la* »

vie privée d'autrui en captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel » (13). Or, dans ce cas, le comportement est plus grave que « simplement » déloyal : il est illicite... La référence à la déloyauté de la preuve n'est peut-être pas innocente, et on peut penser que la Cour de cassation a saisi cette occasion pour régir en réalité les deux hypothèses.

II - La portée de la loyauté de la preuve

La décision rapportée ne règle pas - et d'une certaine manière relance - la question de la portée de la loyauté de la preuve. A cet égard, elle invite à mesurer sa valeur et son étendue.

A - La loyauté est une exigence suffisamment importante pour justifier, comme en l'espèce, la cassation. Mais, dans le silence des textes, sa force reste incertaine. Sans doute s'agit-il d'un principe de droit bien que la Cour de cassation ne le mentionne pas expressément. Mais ce principe reste encore, à lire cette décision, bien fragile, dans la mesure où la loyauté peut se heurter à d'autres principes gouvernant l'administration de la preuve, et dotés d'une force au moins aussi grande. On peut penser, dans cette perspective, à la liberté de la preuve des faits juridiques (art. 259 c. civ. en matière de divorce ; art. L. 110-3 c. com. en matière commerciale ; art. 427 c. pr. pén. en matière pénale). Certes, on aurait certainement préféré une consécration textuelle à une reconnaissance prétorienne et, ce faisant, on aurait pu penser à inscrire la loyauté au sein des principes directeurs du procès (art. 9 et s. NCPC ; art. préliminaire c. pr. pén.). Mais on se contentera volontiers du résultat, c'est-à-dire d'une loyauté jurisprudentielle, pleinement revendiquée et assumée, rattachée à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans cette voie, la Cour de cassation va même apparemment plus loin que la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour européenne n'a pas, semble-t-il, affirmé expressément un principe de loyauté de la preuve, même si elle a condamné la pratique des écoutes téléphoniques (14). Mais, justement, cette solution était rattachée à l'article 8 de la Convention, et non à l'article 6. Surtout, la Cour européenne a reconnu aux Etats une certaine liberté dans la recevabilité des preuves, en affirmant qu'*« elle ne saurait exclure par principe in abstracto l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale »* (15). Certes, par la suite, la Cour a entendu se réserver le droit de vérifier si les conditions de l'article 6, § 1, étaient bien réunies, notamment au regard du principe de l'égalité des armes ou du respect des droits de la défense (16). Mais ce contrôle reste limité au regard de la liberté accordée aux Etats dans le recueil des preuves, et en toute hypothèse il ne concerne pas la recevabilité de la preuve, mais son administration. Aussi le rattachement par la Cour de cassation de la loyauté de la preuve à l'article 6 de la Convention européenne, au stade de sa recevabilité, constitue un pas supplémentaire dans la consécration de la loyauté probatoire. Ce faisant, ce rattachement à l'article 6 suscite alors une autre incertitude de la loyauté de la preuve, relative à son étendue.

B - La loyauté de la preuve n'a pas bien évidemment vocation à se limiter à la matière civile. Son domaine est logiquement plus grand, spécialement compte tenu du rattachement opéré à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pourtant, la loyauté n'occupe pas la même place en droit pénal, loin s'en faut. Certes, la loyauté de la preuve s'impose aux autorités de poursuite et d'instruction, et sont donc interdites les provocations policières (17), les enregistrements clandestins effectués par les policiers (18) ou encore la mise en oeuvre, par un détournement de procédure, de pouvoirs non octroyés par la loi (19). Dans le même sens et dans la lignée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le législateur est venu réglementer les écoutes téléphoniques (20) et, plus récemment, la sonorisation et la captation d'image (21). En revanche, dans une situation exactement identique à celle de l'espèce (enregistrement d'une conversation téléphonique à l'insu d'un interlocuteur), la Chambre criminelle considère que la loyauté ne s'impose pas entre personnes privées (22). Ainsi, selon une formule bien établie, la Chambre criminelle affirme-t-elle régulièrement qu'*« 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 d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire »* (23). La contrariété entre la position de la Chambre criminelle et celle de la deuxième Chambre civile est donc manifeste -

et pour le moins gênante. Or, la position tenue par la Chambre criminelle ne nous semble pas raisonnable, moins par crainte des manipulations des enregistrements ainsi obtenus que par exigence d'une justice sereine et éloignée des passions (24).

On se prend donc à espérer que, sous l'impulsion donnée par cet arrêt de la deuxième Chambre civile du 7 octobre 2004, la Chambre criminelle opère un revirement. En attendant, on peut d'ores et déjà noter que, peu de temps après avoir reçu les hommages d'une thèse de doctorat (25), la loyauté de la preuve est en passe de devenir un grand principe du droit processuel (26). On peut certainement s'en féliciter car, pour reprendre l'expression du Doyen Bouzat, la loyauté est « *une manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice* » (27).

Mots clés :

PREUVE * Administration de la preuve * Mode de preuve * Enregistrement clandestin * Ecoute téléphonique

(1) Sur les rapports entre la loyauté et d'autres principes, cf. E. Vergès, *La catégorie juridique des principes directeurs du procès judiciaire*, thèse, Aix-en-Provence, 2000, n° 101 et s., p. 111 et s.

(2) Cf. A. Leborgne, L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, *RTD civ.* 1996, p. 535 et s., spéc. p. 538.

(3) L'art. 259-1 c. civ., dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 visera (à compter du 1er janv. 2005) « *un élément de preuve* » et non plus « *les lettres* », ce qui permettra de régir la situation délicate et connue du carnet intime.

(4) Cass. 2e civ., 23 oct. 2003, *Bull. civ. II*, n° 326 ; *D.* 2003, *IR* p. 2726.

(5) Cass. soc., 26 nov. 2002, *D.* 2003, *Jur.* p. 1858, note J.-M. Bruguière, *Somm.* p. 394, obs. A. Fabre ; cf., dans le même sens, 2 oct. 2001, *D.* 2001, *Jur.* p. 3148, note P.-Y. Gautier ; *D.* 2002, *Somm.* p. 2296, obs. C. Caron ; *RTD civ.* 2002, p. 72, obs. J. Hauser. - F. Favennec-Héry, *Vie privée dans l'entreprise et à domicile*, *RJS* 2001, n° 12, p. 940.

(6) CA Paris, 2 nov. 1995, *D.* 1996, *IR* p. 18 ; cf., dans un sens similaire et sur le même fondement de l'art. 9 c. civ., CA Limoges, 23 sept. 2003, *D.* 2003, *IR* p. 2411.

(7) *D.* 1998, *IR* p. 196. Dans cette décision, rendue en matière commerciale, les juges ont affirmé qu'« *il incombe à chaque partie [...] de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention et au juge de puiser sa conviction dans les preuves régulièrement recueillies en rejetant les procédés dérivant de l'utilisation de moyens frauduleux ; il s'ensuit que chaque partie doit administrer sa preuve de façon légale et que doit être interdite toute pratique de nature à surprendre la volonté de l'adversaire* ». La société a donc commis une déloyauté et a manqué à la morale élémentaire du droit des affaires en enregistrant une conversation téléphonique à l'insu de l'interlocuteur.

(8) *Com., com. élec.* 2004, *Comm.* n° 43, note P. Stoffel-Munck.

(9) Cf. cependant M.-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, préf. S.

Guinchard, Dalloz, coll. *Nouv. biblio. de thèses*, vol. 23, 2003. Mlle Boursier considère, dans sa thèse de doctorat, que le principe général de loyauté probatoire est formellement consacré en matière pénale (n° 133 et s., p. 82 et s.) comme en matière civile (n° 316 et s., p. 186 et s.).

(10) Le journal intime a ainsi pu être admis comme mode de preuve licite, cf. not., Cass. 2e civ., 6 mai 1999, Bull. civ. II, n° 85 ; D. 2000, Jur. p. 557, note C. Caron  ; RTD civ. 1999, p. 608, obs. J. Hauser  ; JCP 1999, II, 10201, note T. Garé ; Dr. fam. 1999, n° 79, note H. Lécuyer (cette jurisprudence est peut-être appelée à disparaître, avec la modification de l'art. 259-1 c. civ. opérée par la loi du 26 mai 2004, V. *supra*).

(11) Cf. not. pour un cas d'atteinte licite à la vie privée, Cass. soc., 3 avr. 2001, D. 2001, Jur. p. 3228, note Puigelier  ; Dr. soc. 2001, p. 675, obs. B. Gauriau.

(12) Cf. en dernier lieu Cass. 2e civ., 3 juin 2004, D. 2004, Jur. p. 2069, note J. Ravanas  ; RTD civ. 2004, p. 489, obs. J. Hauser .

(13) Cf. Cass. crim., 7 oct. 1997, Bull. crim., n° 324 ; D. 1999, Jur. p. 152, note J.-C. Saint-Pau  ; Dr. pén. 1998, Comm. n° 47, obs. M. Véron.

(14) CEDH, 24 avr. 1990, *Kruslin c/ France*, D. 1990, Jur. p. 353, note J. Pradel  ; Rev. science crim. 1990, p. 615, obs. L.-E. Pettiti .

(15) CEDH, 12 juill. 1988, *Schenck c/ Suisse*, série A, n° 140, p. 29 ; Rev. science crim. 1988, p. 840, obs. L.-E. Pettiti.

(16) H. Leclerc, Les limites de la liberté de la preuve. Aspects actuels en France, Rev. science crim. 1992, p. 15 . - En matière civile, cf. not., CEDH, 27 oct. 1993, *Dombo Beheer BV c/ Pays-Bas*, série A, n° 274 ; JCP 1994, I, 3742, n° 14, obs. F. Sudre. - Le contrôle peut aussi s'effectuer sur le fondement de l'art. 6, § 3, s'agissant du droit d'interroger les témoins, CEDH, 20 nov. 1989, *Kostovski c/ Pays-Bas*, série A, n° 166 ; Rev. science crim. 1990, p. 388, obs. L.-E. Pettiti  ; Dr. pén. 1990, Comm. n° 143, obs. A. Maron ; F. Sudre et *alii*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 2003, n° 32, p. 288 et s.

(17) Cass. crim., 27 févr. 1996, D. 1996, Jur. p. 346, note C. Guéry  ; Rev. science crim. 1996, p. 689, obs. J.-P. Dintilhac .

(18) Cass. crim., 16 déc. 1997, D. 1998, Jur. p. 354, note J. Pradel  ; Rev. science crim. 1999, p. 588, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire  ; Procédures 1998, Comm. n° 98, obs. J. Buisson.

(19) Cass. crim., 18 déc. 1989, D. 1991, Somm. p. 174, obs. J. Pannier  ; JCP 1990, II, 21531, note P. Chambon.

(20) Art. 100 et s. c. pr. pén. (L. n° 91-646 du 10 juill. 1991). - Cf., not., J. Pradel, Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, D. 1992, Chron. p. 49 .

(21) Art. 706-96 et s. c. pr. pén. (L. n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite Perben 2). - Cf. G. Accomando et C. Guéry, La sonorisation : un mode légal de preuve ?, D. 2002, Chron. p. 2001 .

(22) Cass. crim., 6 avr. 1993, JCP 1993, II, 22144, note M.-L. Rassat.

(23) Cass. crim., 28 avr. 1987, Bull. crim., n° 173 ; 23 juill. 1992, D. 1993, Somm. p. 206, obs. J Pradel  ; 6 avr. 1993, préc. ; 6 avr. 1994, Bull. crim., n° 136 ; D. 1994, IR p. 155  ; Rev. science crim. 1994, p. 776, obs. G. Giudicelli-Delage  ; 11 juin 2002, Bull. crim., n° 131 ; L. Collet-Askri, La Chambre criminelle valide le *testing* comme mode de preuve, serait-il déloyal..., D. 2003, Chron. p. 1309  ; Rev. science crim. 2002, p. 879, obs. J.-F. Renucci  ; Dr. et patrimoine, janv. 2003, p. 105, et nos obs. - Cf. aussi, 30 mars 1999, Bull. crim., n° 59 ; D. 2000, Jur. p. 391, note T. Garé .

(24) Pour une présentation des arguments favorables à l'enregistrement clandestin d'une conversation entre personnes privées, cf. P. Stoffel-Munck, note sous Cass. com., 25 févr. 2003, préc.

(25) M.-E. Boursier, *op. cit.* La thèse concerne plus largement la loyauté en droit processuel, mais d'importants développements sont logiquement consacrés à la loyauté de la preuve (n° 120 et s., p. 75 et s.).

(26) La loyauté de la preuve avait déjà donné lieu à une importante étude, A. Leborgne, RTD civ. 1996, p. 535, art. préc. note (2).

(27) P. Bouzat, La loyauté dans la recherche des preuves, *Mélanges Hugueney*, Problèmes contemporains de procédure pénale, Sirey, 1964, p. 155 et s., spéc. p. 172.