

CONCOURS ENM 2017

Droit civil

La loyauté de la preuve dans le procès civil

Georges Ripert, dans son ouvrage intitulé « *La règle morale dans les obligations civiles* » (1949) soulignait combien les notions qui étaient mobilisées pour moraliser les rapports sociaux avaient la force d'une évidence, car elles puisaient aux sources du droit naturel, mais créaient aussi un risque d'insécurité juridique, tant leur vêtement de droit positif était ample et mal taillé. Ce constat demeure d'actualité lorsqu'on considère la loyauté de la preuve dans le procès civil.

En effet, lorsqu'on scrute le Code civil et le Code de procédure civile, on cherche en vain un principe de loyauté de la preuve. C'est davantage le respect de la légalité qui s'impose, ce qui renvoie à l'étymologie du vocable « loyal » qui vient du latin « *legalis* ». Ainsi, l'article 9 du Code de procédure civile dispose qu'il « il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention » tandis que l'article 10 précise que « le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles ». Le respect de la légalité s'impose donc aux parties comme au juge, ce qui se vérifie également en procédure pénale, où la liberté des preuves ne saurait signifier illégalité. L'article 427 alinéa 2 du code de procédure pénale affirme que « le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui ». Cette exigence de légalité est aussi exprimée dans la Convention européenne des droits de l'homme, à l'article 6-2, qui, après avoir posé le principe d'un procès équitable, en détermine les modalités qui passent, notamment, par la légalité de l'établissement des preuves. Cela dit, par-delà ces occurrences textuelles éparses et somme toute assez ténues, la loyauté de la preuve dans le droit processuel en général, et dans le procès civil en particulier, a pris un essor considérable dans la jurisprudence interne, sous l'influence conjuguée de la doctrine et de la jurisprudence européenne. Le rapport *Magendie* de 2004 (« Célérité et qualité de la justice ») entendait du reste faire de la loyauté un principe directeur du procès civil, en l'inscrivant en tête du Code de procédure civile. Il faut dire que depuis une vingtaine d'années, la loyauté probatoire connaît un développement remarquable : d'une part, les arrêts de la Cour de cassation qui se réfèrent explicitement au « principe de loyauté dans l'administration de la preuve » se multiplient ; d'autre part, la loyauté de la preuve s'est doublée d'une plus ample loyauté procédurale, fondée sur le contradictoire et le principe de cohérence. La loyauté intéresse désormais non seulement l'obtention de la preuve en amont du procès, mais encore sa production et sa discussion lors du procès.

Cependant, cette expansion de la loyauté probatoire suscite un certain nombre d'inquiétudes et d'interrogations. D'abord, son domaine prête à discussion, comme en témoigne de façon emblématique le contentieux des pratiques anticoncurrentielles, qui interroge les frontières entre matière civile et matière pénale, question d'autant plus aigüe que la loyauté probatoire est plus stricte dans la première que dans la seconde. Ensuite, les effets instables de la loyauté sont patents, notamment au regard de son ambivalence à l'égard de la vérité : tantôt la loyauté fait obstacle à la découverte de la vérité, tantôt au contraire elle la favorise. Enfin, et précisément, la coloration morale de la notion de loyauté invite à se garder de tout excès de dogmatisme, pour privilégier une vision plus pragmatique, soucieuse d'efficacité probatoire. Sans doute est-ce la raison pour laquelle notre droit encadre la loyauté de la preuve pour ménager les intérêts concurrents des droits de la défense ou, plus largement, du droit à la preuve récemment affirmé (Civile 1^{ère} 5 avril 2012) et désormais bien ancré dans notre droit.

On le voit, l'essor de la loyauté de la preuve dans le procès civil (I) ne signifie en rien que le principe ait vocation à l'absolutisme. Un encadrement de la loyauté est nécessaire (II), au regard de l'impératif très pragmatique d'efficacité de la preuve.

I- L'essor ambivalent du principe de loyauté de la preuve dans le procès civil

La loyauté de la preuve dans le procès civil renvoie désormais non seulement à la manière dont les moyens de preuve ont été obtenus (A) mais encore à la façon dont ces preuves seront produites et discutées (B). Cela dit, cet essor est ambivalent car les références à la loyauté sont souvent plus implicites qu'explicites, mais aussi parce que les effets de son invocation sont instables.

A- La loyauté dans l'obtention des preuves

La moralisation de l'obtention de la preuve a connu un remarquable essor tant au regard de la diversité des procédés prohibés (1) qu'au regard des frontières de la matière civile (2)

1- Une compréhension large des procédés déloyaux prohibés

La déloyauté dans l'obtention de la preuve peut se manifester de façon très diverse, par l'usage d'un stratagème, d'une ruse ou d'un procédé clandestin. Si cette déloyauté est établie, la preuve est jugée irrecevable.

En droit du divorce, la preuve est jugée irrecevable lorsqu'elle a été obtenue par un artifice coupable, une fraude ou un abus. La plupart des décisions n'évoque pas formellement la loyauté, mais l'idée est sous-jacente. La Cour de cassation a ainsi jugé que des lettres écrites par l'un des époux ne peuvent être produites contre celui-ci si elles ont été obtenues de manière déloyale (Civile 2^{ème} 3 octobre 1973). Cette solution figure désormais à l'article 259-1 du code civil, qui prohibe les preuves obtenues par violence ou fraude, et à l'article 259-2 qui écarte des débats les constats obtenus avec violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée. Encore faut-il que soit établie la violence ou la fraude. A défaut, la preuve est recevable. Ainsi de la production d'un journal intime (Civile 2^{ème} 6 mai 1999) ou d'un SMS reçu sur un portable professionnel (Civile 1^{ère} 17 juin 2009) qui pourront être invoqués pour prouver l'infidélité dès lors que la déloyauté n'est pas établie.

La même idée de stratagème dans l'obtention des preuves se retrouve en droit du travail. L'exigence de loyauté, qui n'est toujours pas formellement évoquée, interdit à l'employeur de recourir à des artifices et stratagèmes pour placer le salarié dans une situation qui puisse ultérieurement lui être imputée à faute. C'est pourquoi la Cour de cassation a pu affirmer que l'employeur a certes le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, mais il ne peut être autorisé à utiliser comme mode de preuve les enregistrements d'un système de vidéosurveillance installé sur le site d'une société cliente permettant le contrôle de leur activité dont les intéressés n'ont pas été préalablement informés de l'existence (Sociale 10 janvier 2012). Ainsi, au visa de l'article L. 1222-4 du code du travail, la Cour de cassation censure la cour d'appel qui refuse de rétracter une ordonnance sur requête rendue en application de l'article 145 du code de procédure civile désignant un huissier de justice aux fins de visionner les enregistrements des caméras de vidéosurveillance placées à l'entrée de la société cliente, qui permettraient le contrôle des heures d'arrivée et de départ sur le lieu du travail des salariés sans qu'ils en aient été informés.

2- Une compréhension large de la matière civile

Si l'exigence de loyauté dans la preuve civile n'est pas nouvelle, le mouvement jurisprudentiel s'est considérablement accéléré ces dernières années, d'une part, en renforçant les exigences de qualité de la preuve, d'autre part, en retenant une définition large de la matière civile.

En effet, le modèle européen du procès distingue nettement matière civile et matière pénale, l'exigence de loyauté probatoire étant plus intense dans la première que dans la seconde. La Cour de cassation a consacré un « principe de loyauté dans l'administration de la preuve », notamment dans la procédure devant l'Autorité de la concurrence (Assemblée plénière 7 janvier 2011 : « 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 »). En l'espèce, une société avait saisi le Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence) de pratiques qu'elle estimait anticoncurrentielles sur le marché des produits d'électroniques grand public, en produisant des cassettes contenant des enregistrements téléphoniques mettant en cause d'autres sociétés ; ces dernières avaient demandé au Conseil de la concurrence d'écarter ces enregistrements obtenus, selon elles, de façon déloyale. La cour d'appel jugea que les dispositions du code de procédure civile ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence qui, dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public économique, exerce des poursuites à des fins répressives le conduisant à prononcer des sanctions punitives. La cour d'appel avait donc estimé que si les enregistrements avaient constitué un procédé déloyal à l'égard de ceux dont les propos ont été insidieusement captés, ils ne devaient pas pour autant être écartés du débat et ainsi privés de toute vertu probante par la seule application d'un principe énoncé abstraitement, mais seulement s'il était avéré que la production de ces éléments avait concrètement porté atteinte au droit à un procès équitable, au principe de la contradiction et aux droits de la défense de ceux auxquels ils sont opposés.

La Cour de cassation censura en affirmant que les règles du code de procédure civile, et notamment le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, s'appliquent au contentieux de la concurrence, qui ne bénéficie pas, ainsi, de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, beaucoup plus laxiste dans l'admission des preuves déloyales lorsqu'elles émanent d'une personne privée. Si l'application distributive du principe de loyauté dans l'administration de la preuve (acception stricte en matière civile, plus souple en matière pénale) sous-tendue par cet arrêt d'assemblée plénière est appréciable, le refus de principe de la Cour de cassation d'appliquer au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence la notion pénaliste de la loyauté probatoire est contestable. Cette application n'est ni dépendante d'un code - de procédure civile ou de commerce - ni d'un juge - civil - mais de la nature du contentieux considéré. Le fond commande la forme, et non l'inverse. Or le contentieux des pratiques anticoncurrentielles est d'essence répressive : comment lutter efficacement contre les ententes et les cartels, si l'on s'en tient à une conception civiliste et sourcilieuse de la loyauté dans l'obtention des preuves ?

A cette exigence, assez classique, de loyauté dans l'obtention des preuves s'ajoute une exigence renouvelée de loyauté dans la discussion des preuves.

B- La loyauté dans la discussion des preuves

La loyauté dans la discussion des preuves est désormais exigée en jurisprudence, même si cette exigence est souvent implicite, dissimulée derrière d'autres principes, qu'il s'agisse du principe de cohérence (1) ou du principe du contradictoire (2).

1- Loyauté et principe de cohérence

Dans les pays de *common law*, la confiance entre les parties au procès (*reliance*) est plus particulièrement développée par la notion d'*estoppel* dont le contenu et les éléments constitutifs varient d'un pays à l'autre. Cela dit, le fondement demeure identique en ce qu'une personne ne peut se contredire par ses attitudes et paroles lorsqu'elle a suscité la confiance d'autrui. Le droit américain reconnaît ainsi l'*estoppel* défini comme un mécanisme qui empêche une personne de faire valoir une action ou un droit qui contredit ce qu'on dit ou ce qu'on a dit précédemment.

Cette exigence de cohérence, qui intéresse notamment la manière dont les objets de preuve sont apportés et discutés devant le juge, émerge depuis une dizaine d'années dans notre droit. En effet, le principe de loyauté peut fonder une fin de non-recevoir jurisprudentielle pour interdiction de se contredire aux dépens d'autrui. Déjà, en 2005, en matière d'arbitrage, le célèbre arrêt *Golshani* de la Cour de cassation avait relevé l'incohérence des attitudes procédurales d'une partie qui, ayant sollicité que l'affaire soit jugée au vu des écritures postérieures à l'ordonnance de clôture et que cette dernière soit rapportée, critiquait ultérieurement la révocation de ladite ordonnance (Civile 1^{ère} 6 juillet 2005). Puis cet « *estoppel* à la française » a essaimé et de nombreuses juridictions y font désormais référence, afin de discipliner le comportement procédural des parties (Civile 2^{ème}, 20 octobre 2005). L'assemblée plénière de la Cour de cassation, en 2009, a consacré avec réserve le principe d'interdiction de se contredire aux dépens d'autrui en énonçant, au visa de l'article 122 du code de procédure civile, que « la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir », ce qui signifie que, tout en n'excluant pas l'application du principe, la Haute juridiction entend se réserver le contrôle de sa mise en oeuvre (Assemblée plénière 27 février 2009). La chambre commerciale a, par la suite, dans un arrêt du 20 septembre 2011, par un visa exprès, consacré « le principe selon lequel nul ne peut se contredire aux dépens d'autrui ». La doctrine s'interroge toujours sur la sanction de l'auto-contradiction processuelle. Il s'agirait d'une fin de non-recevoir de la demande incohérente, fin de non-recevoir non textuelle mais d'origine jurisprudentielle, ce que permet la lettre même de l'article 122 du code de procédure civile. Toutefois, cette interprétation est loin d'être évidente, l'article 122, visé en 2009, ayant disparu du visa de l'arrêt du 20 septembre 2011. En outre, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a posé le 27 février 2009 que « la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir ». Il est certain en revanche qu'il revient à celui qui allègue cette volte-face préjudiciable de la prouver, conformément aux règles classiques de la charge de la preuve. Le régime de cette interdiction de l'auto-contradiction, en vertu de l'exigence de loyauté, reste encore à bâtir : faut-il démontrer une mauvaise foi, une intention de nuire et de causer préjudice à son adversaire ou simplement la seule conscience de causer un préjudice ? Comment opérer le tri entre les étourdis et les malveillants, les distraits et les rusés ? Sans doute faudrait-il exiger une véritable contrariété et une incompatibilité évidente dans les moyens ou les objets de preuve invoqués, et c'est à la Cour de cassation qu'il appartiendra de dessiner de façon plus précise les contours de cette exigence de cohérence.

2- Loyauté et principe du contradictoire

La loyauté apparaît déjà en filigrane derrière l'article 15 du code de procédure civile relatif à la communication spontanée des pièces, même si, textuellement, il s'agit de respecter le principe du contradictoire. La loyauté peut d'ailleurs être perçue comme une certaine qualité du contradictoire ou, de façon radicale, comme un vocable à la mode pour décrire une notion très ancienne : la contradiction, en acte, c'est-à-dire la capacité à débattre des pièces fourbies à l'occasion du litige. Concrètement, c'est bien cette exigence de loyauté qui explique que le juge doive sanctionner la dissimulation, par une partie, d'une pièce qu'elle détient et qu'elle sait susceptible de modifier l'opinion du juge, le dépôt réitéré de conclusions tardives (Chambre mixte, 3 février 2006) ou encore la non-justification de l'absence au dossier de pièces figurant dans le bordereau annexé aux dernières conclusions (Civile 3^e, 6 juin 2007).

Cela dit, c'est surtout un important arrêt de la première chambre civile du 7 juin 2005 qui a accru la visibilité du principe de loyauté procédurale. En effet, se fondant sur l'article 3 du code de procédure civile, la Cour de cassation a affirmé l'existence d'un principe de loyauté des débats pesant sur le juge et sur les parties. En l'espèce, un avocat au barreau de Paris demandait l'annulation de l'élection du bâtonnier de l'Ordre des avocats au barreau de Paris et de ses membres. D'une part, il contestait le pouvoir de l'Ordre de choisir le procédé du vote à distance par la voie électronique, *via* l'internet. D'autre part, il considérait qu'un tel procédé ne présentait pas les garanties de confidentialité requises pour ce type d'élection. La Cour d'appel de Paris a cependant

confirmé la validité des élections le 27 janvier 2005 aux motifs que le choix du procédé relevait de la compétence de l'Ordre et qu'aucun élément ne permettait de remettre en cause la fiabilité technique du vote électronique. La première Chambre civile casse cette décision au double visa des articles 10, alinéa 1er, du code civil et 3 du code de procédure civile, énonçant à la faveur de la combinaison de ces textes : « Attendu que le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats ». Elle considère que si le choix du mode de scrutin appartenait aux instances ordinales, en revanche la validation de l'élection n'était pas justifiée. En effet, celle-ci procédait du refus de la cour d'appel d'admettre une note en délibéré présentée par le demandeur en annulation. Cette note constituée par une lettre du président de la CNIL reçue le jour de l'audience était pourtant « de nature à modifier l'opinion des juges » sur la réelle confidentialité du vote électronique. Or, cette lettre avait été adressée au bâtonnier, défendeur à l'instance, près de deux mois auparavant et celui-ci ne l'avait, selon les termes mêmes de la Cour de cassation, « cependant pas communiquée ». La première Chambre civile censure indirectement la déloyauté du défendeur et directement les juges du fond qui n'ont pas pris les mesures de nature à y remédier.

Il apparaît ainsi que l'admission des notes en délibéré est la conséquence de l'application du principe de loyauté innervant l'instance. Précisément, le principe de loyauté des débats dégagé sur le fondement de l'article 3 du code de procédure civile oblige le juge à accueillir en vertu d'une interprétation *extra legem* des textes, une note en délibéré déposée spontanément en raison de circonstances particulières révélant la déloyauté d'une des parties. L'arrêt de la première Chambre civile du 7 juin 2005 semble donc vouloir consacrer sous la forme d'un nouveau principe directeur de l'instance le principe de loyauté processuelle, susceptible de subvertir les règles techniques du code de procédure civile. La Cour de cassation sanctionne la déloyauté consistant à cacher une pièce pourtant centrale pour la solution du litige ; la sanction consiste à déclarer ladite pièce recevable alors même qu'elle ne le serait pas au regard de l'article 445 du code de procédure civile car produite après la clôture des débats. Sur le fondement du principe de loyauté des débats, la Haute juridiction écarte ainsi l'irrecevabilité. L'arrêt du 7 juin 2005 fait donc intervenir la loyauté dans la communication des pièces pour retenir, en l'espèce, qu'une communication tardive doit parfois être jugée recevable justement pour sanctionner le comportement déloyal de la partie qui a volontairement produit seulement en cours de délibéré une pièce essentielle à la solution du litige (Civile 3^e, 6 juin 2007). Le principe de loyauté peut également, dans le sens contraire (plus fréquent), justifier que soient écartées des débats les pièces communiquées tardivement dès lors qu'il est porté atteinte « au principe de loyauté des débats et au principe de la contradiction » (Civile 3^e, 20 mai 2008 : communication trois jours avant l'ordonnance de clôture). Rappelons que la chambre mixte a jugé que la question de savoir si la communication tardive a empêché l'adversaire de se défendre relève du pouvoir souverain des juges du fond, qui doivent néanmoins motiver leur décision sur ce point (Chambre mixte, 3 février 2006).

L'essor de la loyauté probatoire est aussi certain qu'ambivalent. Certes, la loyauté intéresse désormais non seulement la manière dont les moyens de preuve sont obtenus, mais aussi les conditions de leur production et de leur discussion au cours du procès civil. Cela dit, des limites intrinsèques apparaissent immédiatement, car il appartient au plaideur prétendument victime d'une déloyauté de la prouver, ce qui ne va pas de soi. En outre, les effets variables de la loyauté lui confèrent un potentiel de subversion : déjouer le calcul d'un plaideur trop habile conduit, çà et là, à retourner la lettre du Code de procédure civile pour accueillir ce qui aurait dû être rejeté, ou inversement. De là l'importance d'un encadrement de la loyauté de la preuve dans le procès civil.

II- L'encadrement fluctuant de la loyauté de la preuve dans le procès civil

La loyauté de la preuve ne saurait prétendre à l'absolutisme. Elle doit composer avec l'impératif d'efficacité probatoire qui est désormais nettement affirmé au nom d'un droit à la preuve (A). Cela dit, l'articulation de la loyauté et de ce droit à la preuve est particulièrement délicate (B), car il y a lieu de concilier des intérêts antagonistes selon un critère de proportionnalité, ce qui, comme dans tout conflit de droits subjectifs, conduit à une subtile casuistique et rend cet encadrement particulièrement fluctuant.

A- L'affirmation d'un droit à la preuve

Afin de bien cerner la limite à la loyauté que constitue le droit à la preuve, il convient d'en préciser le fondement (1) et la portée (2).

1- Le fondement du droit à la preuve

La reconnaissance d'un droit à la preuve, qui avait été demandée par une doctrine minoritaire à la suite d'un article pionnier du Professeur *Goubeaux* publié en 1981, a pendant longtemps été refusée par la Cour de cassation. Une doctrine majoritaire considérait que la haute juridiction, en créant un devoir général de loyauté probatoire, avait érigé un nouvel absolu contre les nécessités de la preuve : que la preuve clandestine soit la seule possible pour le demandeur ne permettait pas en effet de la déclarer recevable.

Or, par un arrêt important du 5 avril 2012, la première chambre civile a fait évoluer de façon spectaculaire sa position. En l'espèce, il s'agissait d'une succession dans le cadre de laquelle le fils des défunts réclamait le rapport d'une donation immobilière prétendument faite au bénéfice de l'une de ses soeurs. Pour en établir l'existence, il produisait une lettre écrite par le mari de celle-ci à ses beaux-parents, missive qu'il avait trouvée dans les papiers des défunts, auxquels il avait accès en tant que gérant de l'indivision successorale. Les conseillers d'appel jugèrent cependant cette preuve irrecevable car, produite « sans les autorisations de ses deux soeurs ni de son rédacteur », elle constituait une violation de « l'intimité de sa vie privée et du secret de ses correspondances ». Le motif était non seulement classique mais semblait également incontestable au regard de l'article 9 du code civil, conforté par l'article 8 de la Convention EDH qui érige au rang de droit de l'homme le respect de la vie privée, inclusivement celui des correspondances, allié à l'article 9 du code de procédure civile qui dispose que chaque partie doit « prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ». Or, une preuve qui heurte les droits précités est évidemment illégale. C'est pourtant un arrêt de censure que la Cour de cassation rend le 5 avril 2012, au visa des textes précités, augmenté, et c'est le fondement le plus important, de l'article 6 de la Convention EDH.

On sait que cet article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, très malléable, a permis à la Cour de Strasbourg de bâtir depuis l'arrêt *Golder C/ Royaume Uni* de 1975 l'immense édifice du modèle européen du procès. Or, ce modèle inclut un droit à la preuve qu'a consacré en 2012, pour la première fois, la haute juridiction française, en reprochant aux juges du fond de ne pas avoir recherché « si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve (celui du fils des défunts) et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence ». La lettre produite, quoique portant atteinte à la vie privée, pourra être admise si elle est « indispensable à l'exercice du droit à la preuve ». Le droit national n'étant d'aucun secours pour fonder une telle position - l'article 9 du code de procédure civile permettant même de justifier la décision inverse des juges du fond - c'est alors sans surprise que la haute juridiction se tourne vers le droit européen des droits de l'homme dont on sait qu'il permet communément d'aller au-delà voire contre le droit national, au gré des intérêts des parties ou de la doctrine de la Cour de cassation.

2- La portée du droit à la preuve

Fonder un tel droit à la preuve sur l'article 6 de la Convention pouvait paraître audacieux tant il est connu que la Cour a précisé depuis longtemps que le droit à un procès équitable n'emporte aucune conséquence en matière probatoire, domaine qui demeure donc régi par le seul droit national. C'est pourtant la CEDH elle-même qui a, la première, reconnu le droit à la preuve sur le fondement de celui à un procès équitable qui implique donc le droit, pour chaque partie à l'instance, « de se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves » (CEDH 13 mai 2008).

Il faut alors comprendre que seules les règles techniques du droit de la preuve n'entrent pas dans le champ d'application de l'article qui fonde en revanche et plus généralement le droit à la preuve. Il est vrai que l'exigence d'un procès équitable induit le droit (subjectif) à ce que le droit (objectif) ne rende pas impossible la preuve qu'il exige, en d'autres termes, le droit à faire établir la vérité que la justice commande. Or, fonder le droit à la preuve sur celui à un procès équitable emporte une conséquence immédiate que la Cour de cassation a tirée à la suite de la CEDH : toutes les parties à l'instance en sont titulaires, demandeur comme défendeur. Ainsi, dans les décisions européennes comme dans l'arrêt du 5 avril 2012 est-ce la partie demanderesse à qui est reconnu ce droit. Il est donc autonome de ceux de la défense. La chambre commerciale avait au demeurant déjà statué en ce sens, en se référant « au principe d'égalité des armes résultant du droit au procès équitable » qui fondait, en l'espèce, le droit pour le demandeur à l'instance « de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions » (Commerciale 15 mai 2007). Il est évident que toutes les parties, quelle que soit leur position à l'instance, sont titulaires du droit à un procès équitable. Ce n'en est pas moins un apport essentiel de l'arrêt par rapport à celui rendu par la même formation le 16 octobre 2008. Dans ce dernier, la possibilité de tenir à l'écart le respect dû à la vie privée avait été fondée sur les « besoins de la défense » : le droit à la preuve - dont l'expression n'était pas encore utilisée - se situait alors dans le sillage direct des droits de la défense. L'arrêt avait pu alors ne pas paraître exceptionnel. L'arrêt de la première chambre civile du 5 avril 2012, en reconnaissant l'existence d'un droit à la preuve, lui accorde d'emblée une portée générale, ce qui complique *a priori* l'articulation avec la loyauté probatoire.

B- La délicate articulation entre la loyauté et le droit à la preuve

Si la loyauté probatoire est le principe, et le droit à la preuve l'exception, il faut bien reconnaître que cette exception est formulée de façon très générale. Dès lors, pour que l'exception ne subvertisse pas le principe, les juges internes sont invités à un contrôle de proportionnalité entre les intérêts antagonistes (1), ce qui conduit à une casuistique d'autant plus fluctuante (2) que les droits subjectifs en conflit sont en réalité beaucoup plus nombreux, incluant notamment le secret de la vie privée et des correspondances.

1- Un contrôle de proportionnalité entre des intérêts antagonistes

Afin d'articuler les intérêts antagonistes, la Cour de cassation invite les juges du fond à procéder à un contrôle de proportionnalité qui appelle d'emblée deux remarques.

D'une part les juristes français sont moins aguerris que les juristes anglais à ce test de proportionnalité, qui impose de comparer, dans chaque affaire, le but poursuivi et les moyens mis en œuvre. On perçoit, à travers cette méthode d'analyse, l'influence des raisonnements européens sur le droit français, la Cour de Strasbourg étant habituée à utiliser le contrôle de proportionnalité afin d'éviter une atteinte excessive à un droit fondamental. D'autre part, les juges du fond ne sont pas livrés à eux-mêmes car la Cour de cassation contrôle la mise en œuvre de ce test de proportionnalité et si elle rejette un pourvoi, elle ne manque pas de mentionner que les juges du fond ont raisonné « à bon droit » et non selon leur appréciation souveraine.

Pour prendre la mesure de ce contrôle de proportionnalité, le contentieux du droit des assurances se révèle particulièrement éclairant. En effet, les assureurs, pour contester les dires d'une victime ou les conclusions d'un rapport d'expertise, peuvent parfois recourir aux services d'un détective privé, assisté d'un huissier. La mesure n'est pas nécessairement contestable au regard de la loyauté de la preuve, tout dépend de l'appréciation du rapport de proportionnalité entre les moyens entrepris et le but poursuivi. Ainsi, dans une affaire qui avait donné lieu à un arrêt de la première chambre civile du 31 octobre 2012, la victime d'un accident de la circulation, déjà indemnisée une première fois, prétendait que son état s'était aggravé. Elle obtint la nomination d'un expert, lequel a conclu à la nécessité impérieuse de l'assistance quasi constante d'une tierce personne. Afin de faire échec à cette prétention, l'assureur avait organisé une filature qui avait révélé que cette perte d'autonomie était plus

imaginaire que réelle. La cour d'appel avait validé ce procédé d'investigation étant donné qu'elle avait reconnu qu'il y avait là l'existence d'une contestation sérieuse faisant obstacle à la demande. La décision est approuvée par la Cour de cassation (Civile 1^{ère} 31 octobre 2012). La cour d'appel a relevé que les atteintes portées à la vie privée de la victime, sur la voie publique ou dans des lieux ouverts au public, sans provocation aucune à s'y rendre et relatives aux seules mobilité et autonomie de l'intéressé n'étaient pas disproportionnées au regard de la nécessaire et légitime préservation des droits de l'assureur. Il y avait bien une atteinte à la vie privée, mais celle-ci n'était pas disproportionnée, tant en raison des circonstances - victime suivie sur la seule voie publique - qu'en raison du but poursuivi : préserver les droits de l'assureur et les intérêts de la collectivité des assurés. On comprend dès lors pourquoi des circonstances différentes conduiront au contraire à condamner la filature comme un moyen disproportionné. C'est ce que révèle un arrêt de la première chambre civile du 22 septembre 2016 : dans cette affaire, les opérations de surveillance diligentées à la demande de l'assureur avaient concerné l'intérieur du domicile de l'assuré et de sa mère, ce qui a conduit les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, à en déduire que cette immixtion dans leur vie privée excédait les nécessités de l'enquête privée (Civile 1^{ère} 22 septembre 2016). C'est déjà signaler combien une casuistique fluctuante est à l'œuvre.

2- Une casuistique pour le moins fluctuante

La casuistique qui est à l'œuvre est d'autant plus fluctuante qu'elle fait intervenir de nombreux paramètres. D'abord, les droits subjectifs à articuler sont très nombreux : droit à la vie privée, secret des correspondances, secret des affaires, droit à la preuve...

Ensuite, on se doute que l'appréciation de la proportionnalité pourra fluctuer d'une juridiction à l'autre, d'une chambre de la Cour de cassation à une autre. Ainsi, pour reprendre l'exemple de la filature, la Chambre sociale sera sans doute plus tatillonne que la première Chambre civile, non seulement au regard du principe de faveur pour le salarié, mais encore parce que l'employeur ne peut pas, comme l'assureur, arguer d'un but d'intérêt général, comme la défense des intérêts de la collectivité des assurés.

Enfin, on notera que l'application très concrète de ce principe de proportionnalité conduit à apprécier les faits de l'espèce, y compris devant la Cour de cassation, ce qui modifie l'office de cette dernière. En effet, elle ne se contente pas de départager des intérêts antinomiques, car, en usant de ce critère de proportionnalité, elle est nécessairement amenée, pour son raisonnement, à se prononcer sur la base de faits, dans leur quantité et leur qualité. Les attendus très factuels de la Cour de cassation en témoignent. On notera ainsi une attention particulière portée tantôt à l'espace (Civile 1^{ère} 31 octobre 2012 : constat d'huissier sur la seule voie publique), tantôt au temps (Sociale 26 janvier 2016 : « Mais attendu qu'ayant relevé, que si la salariée n'avait pas été préalablement informée de la mission confiée par l'employeur à une société d'expertise comptable et de commissariat aux comptes, elle n'avait pas été tenue à l'écart des travaux réalisés dans les locaux de la mutuelle, les 6 et 25 juin 2012, aux fins d'entretiens avec l'intéressée et de sondage sur des pièces comptables ou juridiques, la cour d'appel a pu en déduire que la réalisation de cet "audit" ne constituait pas un élément de preuve obtenu par un moyen illicite »). On comprend cette exigence de précision pour légitimer la décision et parer au risque d'arbitraire, mais cela ne facilite guère la prévisibilité des solutions quant à la recevabilité d'un moyen de preuve...

Conclusion : Au terme de cette étude, on perçoit combien la loyauté de la preuve dans le procès civil est difficile à saisir. Cela ne fait que confirmer les propos visionnaires de Henri Motulsky qui, dans ses *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé* (1948), soulignait l'importance de la loyauté au regard du droit naturel. C'est précisément parce que la loyauté est la racine morale de nombreuses règles procédurales qu'elle ne saurait être consacrée explicitement dans l'une d'entre elles. Rien d'étonnant dès lors à ce qu'aucune disposition de

procédure, ni civile ni pénale, n'érige explicitement la loyauté en principe directeur du procès. En procédure civile, le grand principe est celui du contradictoire. Au vrai, la loyauté a tous les atours d'une fausse évidence, et l'on ne peut se dispenser d'en interroger les effets et les mérites. Or, ses applications contradictoires, son rapport ambivalent à la vérité et sa conciliation délicate avec le droit à la preuve invitent à la plus grande prudence : sans doute est-ce la raison pour laquelle la proposition du rapport *Magendie* de consacrer explicitement la loyauté au titre d'un principe directeur n'a pas été entérinée à ce jour. N'est-ce pas dans la pratique jurisprudentielle, soucieuse de casuistique et d'équilibre, que la loyauté probatoire doit rester cantonnée ?