

N° 355201
M. Freddy G...

Section du contentieux
Séance du 4 juillet 2014
Lecture du 16 juillet 2014

CONCLUSIONS

M. Vincent DAUMAS, rapporteur public

M. Freddy G..., agent de maîtrise, était employé par la commune de Jouy-en-Josas en qualité de responsable du centre technique municipal. Il a été placé en congé de maladie ordinaire à compter du 21 juillet 2005. Ce congé s'est mué, successivement, en un congé de longue maladie puis en un congé de longue durée, de sorte qu'il s'est prolongé jusqu'à l'année 2007. Parce qu'elle entretenait quelques soupçons sur la nature des activités de M. G... durant ce congé, la commune a eu recours aux services d'une agence de détective privé. Avec son concours, elle a établi que M. G... participait aux activités de deux sociétés familiales dont il était associé, qui s'exerçaient dans le secteur du bâtiment. La commune a estimé qu'il s'était mis en contravention avec les dispositions de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983¹, qui interdisent aux agents publics d'exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit. La commune a décidé, principalement pour ce motif, de procéder à la révocation de M. G... Le conseil de discipline ayant émis un avis favorable, la révocation a été prononcée par arrêté du 1^{er} octobre 2007, puis confirmée par le conseil de discipline de recours par une décision du 5 février 2008. Le tribunal administratif de Versailles a annulé cet arrêté et l'avis du conseil de discipline de recours mais rejeté la demande de M. G... tendant à ce que lui soit versé un traitement depuis sa révocation. Saisie en appel par les deux parties, la cour administrative d'appel de Versailles a fait droit aux conclusions de la commune et rejeté celles de M. G.... Celui-ci se pourvoit en cassation.

Par l'un des moyens qu'il soulève, M. G... reproche à la cour d'avoir méconnu l'article 9 du code civil et l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui protègent tous deux le droit à la vie privée, en jugeant qu'il n'y avait pas lieu d'exclure des débats le rapport établi par l'agence de détective privé.

*

1. Cette contestation pose une question inédite dans votre jurisprudence et qui est restée largement ignorée par la doctrine publiciste. L'une et l'autre se sont déjà penchées, abondamment, sur les questions de charge et d'administration de la preuve. En revanche, celle des moyens de preuve et de leur admissibilité n'a guère été explorée, au-delà de l'affirmation bien connue selon laquelle, en l'absence de texte qui la régleme, la preuve est libre devant

¹ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

le juge administratif. C'est bien pourquoi l'arrêt attaqué, qui prend position sur la question, n'est pas passé inaperçu : il a été publié et commenté de manière très laudative à l'AJDA².

On trouve bien, dans votre jurisprudence, quelques décisions ayant abordé, de manière plus ou moins explicite, la question de l'admissibilité des éléments de preuve. Aucune n'a prétendu dégager de solution de principe. Mais l'orientation générale des solutions retenues est plutôt en ce sens que prévaut la liberté de la preuve.

Par une décision de section du 26 octobre 1973 *Elections municipales de Villeneuve-sur-Lot* (n° 83550, au Recueil p. 596), vous avez jugé qu'en l'absence de disposition prévoyant expressément, l'article 11 du code de procédure pénale consacrant le secret de l'instruction ne pouvait faire obstacle à ce que le Conseil d'Etat se fondât sur des éléments produits devant lui après les avoir soumis au contradictoire (voir aussi, dans le même sens : CE 1^{er} juillet 1981, M. T..., n° 20102, aux tables du Recueil sur un autre point ; CE 14 juin 1999, M. B..., n° 196215, aux tables du Recueil sur un autre point). De manière plus implicite, vous avez jugé que le pouvoir de police du préfet en matière d'hospitalisations d'office ne saurait se trouver contraint par l'origine des renseignements qu'il obtient (CE 3 mars 1995, M. R. S., n° 126013, au Recueil p. 118). Et dans un cas de figure un peu différent, vous avez estimé sans incidence sur la régularité d'un jugement la circonstance que le tribunal se fût fondé sur un document confidentiel obtenu par vol (CE 8 novembre 1999, Election cantonale de Bruz, n° 201966, au Recueil p. 345).

En matière fiscale, l'organisation par des textes des modalités selon lesquelles l'administration peut recueillir les informations nécessaires à l'exercice de ses missions explique sans doute que vous ne vous soyez guère interrogé sur la question de l'admissibilité de la preuve : lorsque les garanties prévues par ces textes ont été méconnues, vous prononcez la décharge des impositions établies grâce à l'utilisation des éléments de preuve irrégulièrement recueillis. Ce naufrage de la procédure d'imposition vous dispense de vous interroger sur l'admissibilité de ces éléments de preuve. Vous avez toutefois affirmé, en vous fondant sur l'indépendance des procédures fiscale et pénale, que « dès lors que l'administration fiscale a obtenu régulièrement communication de pièces détenues par l'autorité judiciaire, la circonstance que ces pièces auraient été ultérieurement annulées par le juge pénal n'a pas pour effet de priver l'administration du droit de s'en prévaloir pour établir les impositions » (CE section, 6 décembre 1995, M. N..., n° 90914, au Recueil p. 426) – nous reviendrons sur cette jurisprudence. Signalons aussi que, de manière plus générale, la cour administrative d'appel de Lyon a jugé « que si l'administration fiscale peut établir des redressements sur la base d'éléments de preuve légalement admissibles de toute nature, elle ne peut, en revanche, valablement s'appuyer sur des pièces qu'elle a obtenues ou qu'elle détient de manière manifestement illicite » (CAA Lyon, 5 juillet 1994, SARL O'Palermo, au Recueil p. 653 et à l'AJDA 1995 p. 192, note J. Courtial). Mais cet arrêt très remarqué n'a pas fait l'objet d'un pourvoi en cassation et il est resté isolé.

Dans le contentieux très spécifique des autorisations de licenciement de salariés protégés, vous aviez admis, par le passé, des éléments de preuve obtenus par un stratagème de l'employeur au motif que l'employé ne pouvait ignorer qu'il était susceptible de faire l'objet de contrôles à son insu (CE 31 janvier 1997, Société Comptoirs modernes Major-Unidis,

² Stéphane Guérard, Le caractère licite de la preuve d'une faute d'un agent public établie lors une filature par un détective privé, AJDA 2012 p. 1412.

n° 165553, aux tables du Recueil p. 1108). Mais depuis, vous faites la distinction entre le recours au constat d'huissier et l'emploi d'un procédé clandestin de surveillance qui est illicite (CE 7 juin 2000, SA Roule, n° 191828, aux tables du Recueil p. 1271 ; voir aussi dans le même sens, contenant un *a contrario* qui paraît clair, CE 28 septembre 2005, SA Carto-Rhin et Me M..., n° 269784, aux tables du Recueil p. 1124). Toutefois, votre jurisprudence dans ce domaine paraît avant tout motivée par des raisons évidentes de cohérence avec la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation – nous allons y revenir dans un instant.

Signalons enfin la solution jurisprudentielle selon laquelle le juge administratif ne peut ordonner la production de pièces couvertes par un secret protégé par la loi, ni en prendre connaissance ou les communiquer sans l'autorisation de celui dans l'intérêt duquel le secret a été édicté (sur cette lignée jurisprudentielle voyez, en dernier lieu, CE assemblée, 6 novembre 2002, M. M..., n° 194295, au Recueil p. 380). Si elle est plus éloignée de notre sujet, elle démontre néanmoins que la liberté de la preuve devant le juge administratif n'est pas absolue et peut trouver une limite dans le respect du principe de légalité.

*

2. Avant de vous proposer un cadre permettant de trancher la contestation soulevée par le pourvoi, il est nécessaire d'élargir la réflexion. Vous verrez que l'observation du paysage dans lequel s'inscrit votre jurisprudence est riche d'enseignements.

2.1. Voyons d'abord ce qu'implique le respect des engagements internationaux de la France.

2.1.1. On pense bien sûr, aux stipulations de l'article 6 § 1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après : la convention EDH).

Les exigences découlant de ces stipulations en matière d'admissibilité des preuves sont relativement modestes. La Cour européenne des droits de l'homme juge en effet, de manière constante, que les stipulations de l'article 6 § 1 ne réglementent pas l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui relève au premier chef du droit interne (voir CEDH 25 septembre 2012, El Haski c/ Belgique, n° 649/08, § 81 et suivants, et la jurisprudence auquel il renvoie, notamment CEDH plénière, 12 juillet 1988, Schenk c/ Suisse, série A n° 140 p. 29, §§ 45-46, et CEDH grande chambre, 1^{er} juin 2010, Gäfgen c/ Allemagne, n° 22978/05, § 162 et suivants). La Cour en déduit que, lorsqu'est alléguée une violation de ces stipulations, elle n'a pas pour tâche de se prononcer par principe sur la recevabilité de certaines sortes d'éléments de preuve, notamment les preuves obtenues de manière illégale, mais qu'il lui appartient uniquement d'examiner si la procédure, y compris le mode d'obtention des preuves, était équitable dans son ensemble. Cela implique l'examen de l'illégalité en question et, dans le cas où se trouve en cause la violation d'un droit protégé par la convention EDH, celui de la nature de cette violation.

Concrètement, la Cour estime que l'utilisation de déclarations obtenues grâce à une violation de l'article 3 de la convention EDH, qui prohibe la torture et les traitements inhumains ou dégradants, porte systématiquement atteinte à l'équité du procès. Elle juge de même s'agissant des preuves matérielles rassemblées à la suite d'actes de torture.

En revanche, l'utilisation de preuves matérielles rassemblées à la suite de traitements inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture ne porte pas systématiquement atteinte à l'équité du procès : la Cour recherche alors si la violation de l'article 3 a influé sur l'issue de la procédure (*El Haski*, § 85 ; *Gäfgen*, § 178). S'agissant des violations des autres articles de la convention, notamment l'article 8, la Cour procède à la même recherche. Pour déterminer si l'utilisation comme preuves d'informations obtenues au mépris de l'article 8 a privé le procès dans son ensemble de son caractère équitable, elle prend en compte toutes les circonstances de la cause, notamment la qualité et l'importance des éléments en question, et vérifie en particulier si les droits de la défense ont été respectés (*El Haski*, § 84 ; *Gäfgen*, § 164). La Cour n'est pas, de ce point de vue, extrêmement exigeante : elle admet ainsi qu'une condamnation soit essentiellement fondée sur un moyen de preuve constituant une ingérence non prévue par un texte au sens de l'article 8 de la convention dès lors, d'une part, qu'il était fiable et qu'avaient pu être discutées tant son authenticité que son admissibilité, d'autre part, que les juges auraient eu la latitude de l'exclure s'ils avaient estimé qu'il nuisait à l'équité du procès (par exemple CEDH 12 mai 2000, *Khan c/ Royaume-Uni*, n° 35394/97, §§ 34-40 ; voir également *Schenk* précité, §§ 47-49 ; CEDH 25 septembre 2001, *P.G et J.H c/ Royaume-Uni*, n° 44787/98, §§ 76-81).

En bref, si les stipulations de l'article 6 § 1 de la convention EDH impliquent nécessairement d'exclure certains éléments de preuve (tels que les aveux faits sous la torture), elles n'imposent nullement au juge, de manière générale, de ne pas tenir compte de ceux qui auraient été recueillis de manière illégale. Il lui appartient seulement de prendre en compte les circonstances particulières dans lesquelles ces éléments de preuve ont été recueillis, en vérifiant notamment que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination a été respecté, pour déterminer si ces éléments n'ont pas nui à l'exigence d'équité du procès. A ce titre, le juge devrait par exemple exclure des éléments établissant un comportement répréhensible lorsqu'il apparaît que les dispositions prises pour les recueillir tendaient à inciter l'intéressé à adopter ce comportement.

En outre, la Cour de Strasbourg reste attentive au principe de l'égalité des armes, dont elle a déduit l'existence d'un « droit à la preuve ». Elle juge ainsi que le droit au procès équitable « 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 » (voir notamment CEDH 27 octobre 1993, *Dombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas*, n° 14448/88, §§ 32-33). L'éventuelle violation de droits garantis par la convention EDH est donc à mettre en balance, le cas échéant, avec la nécessité qu'avait une partie de la commettre pour se procurer les éléments de preuve nécessaires à la défense de ses droits.

2.1.2. Le droit de l'Union européenne, vous vous en doutez, dit peu de choses de la question de l'admissibilité des éléments de preuve – mais ce peu ne doit pas être perdu de vue.

N'ayant pas vocation à régir l'organisation administrative et judiciaire des Etats membres, le droit de l'Union leur laisse en ces matières la plus grande liberté, sous réserve du respect des principes d'équivalence et d'effectivité. Ces principes destinés à garantir la pleine application du droit de l'Union constituent ainsi une limite à l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres. Le principe d'effectivité implique plus particulièrement que les recours juridictionnels ne peuvent être organisés par les Etats membres de manière à

rendre impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union. Et la Cour de justice de Luxembourg a affirmé à de nombreuses reprises que les règles de preuve applicables devant les juridictions des Etats membres devaient respecter le principe d'effectivité du droit de l'Union (CJCE 15 juin 2000, ARCO Chemie Nederland e.a., aff. C-418/97 et C-419/97, point 41 ; CJCE 8 février 1996, FMC e.a., aff. C-212/94, points 49 à 52 et jurisprudence citée ; CJCE 25 février 1988, Bianco et Girard, aff. 331/85, 376/85 et 378/85, point 12). Il y a là une corde de rappel qu'il faut garder à l'esprit : les règles régissant l'admissibilité des éléments de preuve devant le juge national ne pourraient être si exigeantes qu'elles rendraient trop difficile pour les parties de se prévaloir du droit de l'Union.

Ajoutons que la Cour de justice s'est également déjà penchée sur la question des règles de preuve applicables devant elle, dans un litige relatif à l'existence de pratiques anticoncurrentielles interdites par le droit de l'Union (CJCE 25 janvier 2007, Dalmine SpA, aff. C-407/04 P, points 37 à 53 et 62-63). Elle a rappelé à cette occasion que « le principe qui prévaut en droit communautaire est celui de la libre administration des preuves »³. Elle a fait jouer ce principe en l'occurrence afin de ne pas « compromettre l'administration de la preuve lorsqu'il convient d'établir l'existence d'une infraction au droit communautaire de la concurrence ». Et elle en a déduit qu'en cette matière au moins, il n'y avait pas lieu d'écarter un moyen de preuve comme irrecevable, mais uniquement d'apprécier sa valeur probante (voir aussi, reprenant ces principes, CJUE 19 décembre 2013, Siemens AG et a., aff. C-239/11 P, C-489/11 P et C-498/11 P, point 128).

2.2. La jurisprudence judiciaire sur la question de l'admissibilité des éléments de preuve est abondante et paraît bien fixée. C'est vrai aussi bien en matière civile qu'en matière pénale. On en trouve une analyse fouillée fort utile dans le rapport 2012 de la Cour de cassation, qu'elle a consacré à la preuve.

2.2.1. La jurisprudence de la Cour de cassation en matière civile prend appui sur un texte de portée générale, l'article 9 du code de procédure civile, aux termes duquel : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

De cet article, qui pose le principe de légalité de la preuve, la Cour de cassation a déduit une exigence plus large de loyauté de la preuve, qui ajoute à la légalité une certaine dose de moralité. Elle a consacré ce principe, avec une particulière solennité, dans un arrêt de son assemblée plénière du 7 janvier 2011 (n° 09-14.316, Bull. n° 1). La solution est d'autant plus intéressante qu'elle a été rendue dans un contentieux administratif par nature, celui des décisions du Conseil de la concurrence – devenu Autorité de la concurrence – en matière de répression des pratiques anticoncurrentielles⁴. Dans cette affaire, une société avait saisi le Conseil de la concurrence en produisant, à l'appui de ses allégations de pratiques anticoncurrentielles, des enregistrements de conversations téléphoniques obtenus de manière insidieuse. La cour d'appel de Paris avait admis ce mode de preuve, en relevant notamment la nature des pouvoirs du Conseil de la concurrence et sa mission de protection de l'ordre public économique. L'avocat général avait invité la Cour de cassation à confirmer cet arrêt qui, relevons-le, était un arrêt de rébellion à l'encontre de la jurisprudence de la chambre

³ Voir sur ce point CJCE 23 mars 2000, Met-Trans et Sagpol, aff. C-310/98 et C-406/98, point 29.

⁴ Contentieux attribué à l'autorité judiciaire en vertu des dispositions de l'article L. 420-7 du code de commerce.

commerciale⁵. La Cour a jugé qu'en l'absence de 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. Puis elle a censuré l'arrêt attaqué pour méconnaissance de l'article 9 du code de procédure civile, de l'article 6 § 1 de la convention EDH et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve.

L'intransigeance avec laquelle la Cour de cassation applique ce principe peut surprendre, d'autant plus que, dans le même domaine, nous vous avons dit tout à l'heure que la CJUE a fait prévaloir la logique inverse, celle de la liberté de la preuve, en prenant en compte la difficulté d'obtenir des preuves des comportements anticoncurrentiels réprimés par le droit de l'Union. En revanche, la consécration du principe de loyauté dans l'administration de la preuve n'est en elle-même guère étonnante : ce principe n'est que la déclinaison à la preuve d'un principe de loyauté plus général qui irrigue l'ensemble des règles du procès civil⁶.

On déduit de l'arrêt du 7 janvier 2011 que le principe de loyauté dans l'administration de la preuve s'applique, en l'absence de disposition contraire, dans tous les procès régis par l'article 9 du code de procédure civile. Et ceci, quelles que soient l'identité des parties au procès ou les intérêts généraux dont certaines peuvent avoir la charge. Le principe connaît cependant un tempérament important dans son application, inspiré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dont nous avons déjà parlé : il s'agit d'admettre qu'une partie puisse recourir à un mode de preuve illicite ou déloyal lorsqu'il est nécessaire à la défense de ses intérêts. Concrètement, la Cour de cassation met en balance ce « droit à la preuve » avec le droit lésé par l'obtention ou la production de la preuve pour vérifier la proportionnalité entre les intérêts que le droit lésé protège et ceux à la satisfaction desquels il fait obstacle⁷ (voir notamment Cass. 2^e civ. 3 juin 2004, n° 02-19.886, Bull. II n° 273⁸).

S'il est un domaine dans lequel le principe de loyauté de la preuve est appliqué avec rigueur, c'est bien celui des relations entre employeur et salarié⁹ – ce qui peut s'expliquer par la circonstance que la relation de travail elle-même est soumise à une exigence de loyauté découlant de l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail¹⁰ (cf. Cass. soc. 16 janvier 1991, n° 89-41.052, Bull. V n° 15). C'est cette jurisprudence, forgée par la chambre sociale de la Cour de cassation, que vous avez reprise à votre compte dans le contentieux des autorisations administratives de licenciement des salariés protégés.

⁵ Il faisait suite à un arrêt de la chambre commerciale qui avait déjà cassé le premier arrêt rendu dans cette affaire par la cour d'appel de Paris : Cass. com. 3 juin 2008, n° 07-17.147 et 07-17.196, Bull. IV n° 112.

⁶ Parmi ses divers avatars : la « loyauté des débats » (Cass. 1^{re} civ. 7 juin 2005, n° 05-60.044, Bull. I n° 241) ou la « loyauté procédurale » (voir par ex. Cass. 1^{re} civ. 4 octobre 2005, n° 02-15.981, Bull. I n° 360). Sur le rôle joué par le principe de loyauté en tant que principe directeur du procès civil, cf. notamment Y. Strickler, « La loyauté processuelle », dans les Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin (Principes de justice), pp. 355 s. ; pour une analyse plus détaillée, M.-E. Boursier, Le principe de loyauté en droit processuel, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2003.

⁷ Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation, p. 329.

⁸ Voir aussi Cass. 1^{re} civ. 5 avril 2012, n° 11-14.177, Bull. I n° 85 ; Cass. 1^{re} civ. 31 octobre 2012, n° 11-17.476, Bull. Civ. n° 224.

⁹ Pour un exposé précis sur le sujet, voir Hubert Rose et Yves Struillou, Droit du licenciement des salariés protégés, Economica, 2010.

¹⁰ Art. L. 1222-1 du code du travail.

Faisant application de l'article 9 du code de procédure civile en droit du travail, la chambre sociale avait déjà jugé que l'enregistrement d'un salarié à son insu constituait un moyen de preuve illicite et donc insusceptible d'être retenu par le juge (Cass. soc. 20 novembre 1991, n° 88-43.120, Bull. V n° 519, également publié à la RJS 1/1992 n° 1). Puis elle a dégagé, de manière purement prétorienne, le principe selon lequel « si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel durant le temps de travail, il ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés » (Cass. soc. 22 mai 1995, Manulev Service, n° 93-44.078, Bull. V n° 164, à la RJS 1995/7 n° 757 avec concl. Y. Chauvy p. 489). Relevons qu'était précisément en cause, dans cette affaire, une filature du salarié par un détective privé à la demande de son employeur. Depuis lors, la chambre sociale a réaffirmé à plusieurs reprises, sur des terrains différents, que lorsqu'un employeur fait suivre ou surveiller un salarié à son insu, les comptes-rendus de filature ou de surveillance constituent un moyen de preuve illicite (Cass. soc. 4 février 1998, n° 95-43.421, Bull. V n° 64 ; Cass. soc. 15 mai 2001, n° 99-42.219, Bull. V n° 167). Relevons qu'inversement, la chambre sociale admet la preuve constituée par un constat réalisé à la demande de l'employeur par un huissier qui s'est borné à effectuer des constatations purement matérielles dans un lieu ouvert au public (par exemple Cass. soc. 19 janvier 2005, n° 02-44.082, diffusé, RJS 4/2005 n° 356).

La chambre sociale n'a pas ignoré la démarche consistant à mettre en balance les intérêts légitimes de l'employeur et ceux du salarié lésés par le procédé de recueil des preuves mis en œuvre. Mais elle semble avoir coupé court à tout débat sur ce terrain. Elle a jugé en effet, en combinant les articles 8 de la convention EDH, 9 du code civil, 9 du nouveau code de procédure civile et L. 120-2 du code du travail¹¹, qui protège les droits des personnes ainsi que les libertés individuelles et collectives dans la relation de travail, « qu'une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur » (Cass. soc. 26 novembre 2002, n° 00-42.401, Bull. V n° 352¹²). La chambre sociale paraît depuis lors être revenue sur le terrain plus radical de la preuve déloyale, à ce titre illicite, au visa le plus souvent des dispositions de l'article 9 du code de procédure civile (par exemple Cass. soc. 23 novembre 2005, n° 03-41.401, Bull. V n° 333 ; 18 mars 2008, n° 06-45.093, Bull. V n° 64 ; 4 juillet 2012, n° 11-30.266, Bull. V n° 208).

2.2.2. Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve n'est pas non plus étranger à la matière pénale mais il ne s'impose qu'aux autorités publiques chargées de l'instruction et des poursuites – il est en quelque sorte appliqué, pour le dire brièvement, de manière asymétrique.

A l'inverse de son homologue civil, le code de procédure pénale pose en principe la liberté de la preuve. Son article 427 dispose que, « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve », ce dont la chambre criminelle déduit avec constance qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter

¹¹ Dispositions reprises à l'article L. 1121-1 du même code.

¹² On peut rapprocher cette solution de celle reconnaissant au délégué du personnel le pouvoir d'agir à l'effet de réclamer le retrait d'éléments de preuve obtenus par l'employeur par des moyens frauduleux qui constituent une atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles (Cass. soc. 10 décembre 1997, n° 95-42.661, Bull. V n° 434).

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 (par exemple Cass. crim. 15 juin 1993, n° 92-82.509, Bull. crim. n° 210 ; 6 avril 1994, n° 93-82.717, Bull. crim. n° 136 ; 15 septembre 1999, n° 98-87.624, Bull. crim. n° 186 ; 11 juin 2002, n° 01-85.559, Bull. crim. n° 131 ; 27 janvier 2010, n° 09-83.395, Bull. crim. n° 16).

Mais la Cour de cassation a aussi reconnu un principe de loyauté dans l'administration de la preuve en matière pénale, qui s'applique lorsque la preuve est constituée et produite par un agent de l'autorité publique. La doctrine en fait remonter l'origine fort loin dans le temps (les arrêts *Wilson* de 1888¹³ et *Imbert* de 1952¹⁴ sont regardés comme fondateurs). Les arrêts les plus récents de la chambre criminelle visent le principe de loyauté avec l'article 6 de la convention EDH et l'article préliminaire du code de procédure pénale, selon lequel, notamment, « la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties ». Si la portée précise du principe de loyauté en matière pénale fait encore l'objet de discussions, certaines de ses implications sont parfaitement claires. Il interdit la provocation à commettre une infraction, qui porte atteinte au droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination (voir par ex. Cass. crim. 27 février 1996, n° 95-81.366, Bull. crim. n° 93). Il interdit également tout contournement des règles de procédure, qui porte atteinte aux droits de la défense (par exemple lorsqu'un officier de police judiciaire dresse procès-verbal de propos qui lui ont été tenus officieusement par un suspect : Cass. crim. 3 avril 2007, n° 07-80.807, Bull. crim. n° 102). Et le principe de loyauté interdit aussi la mise en œuvre de mesures d'investigations qui, bien que légales en elles-mêmes, participent d'un stratagème susceptible d'amener un suspect à s'incriminer (Cass. crim. 7 janvier 2014, n° 13-85.246, Bull. crim. n° 1 – dans cette affaire était en cause la sonorisation de cellules de garde à vue contiguës dans lesquelles avaient été placés des suspects soupçonnés d'avoir tous deux été impliqués dans le même vol à main armée).

2.3. Le juge constitutionnel a récemment eu l'occasion de s'intéresser à deux reprises aux questions de la légalité et de la loyauté des moyens de preuve.

Dans une décision rendue sur une question prioritaire de constitutionnalité relative aux dispositions législatives encadrant la garde à vue, il a pour la première fois affirmé « qu'il appartient en tout état de cause à l'autorité judiciaire de veiller au respect du principe de loyauté dans l'administration de la preuve », ce qui lui a permis de juger conforme à la Constitution le fait qu'en matière de garde à vue, la loi n'impose un délai d'attente de l'avocat que pour la première audition et non pour les suivantes (décision n° 2011-191/194 à 197-QPC du 18 novembre 2011, cons. 30). En l'absence d'affirmation expresse en ce sens, il est certes difficile de déduire de cette décision que le principe de loyauté dans l'administration de la preuve aurait, en matière pénale, des fondements constitutionnels. Mais, à tout le moins, cette décision prend acte de la jurisprudence de la chambre criminelle dont nous avons retracé à l'instant les grandes lignes.

Plus récemment, la décision du Conseil constitutionnel rendue, avant sa promulgation, sur la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance

¹³ Chambres réunies, 31 janvier 1888, Sirey 1889. 1. 241.

¹⁴ Cass. crim. 12 juin 1952, Sirey 1954. 1. 69.

économique et financière nous paraît comporter des implications décisives sur la question de la légalité de la preuve (décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, cons. 29 à 40).

Le Conseil constitutionnel a examiné, dans cette décision, les articles 37 et 39 de la loi, qui prévoyaient que les documents, pièces ou informations régulièrement recueillis par les administrations fiscale et douanière par la mise en œuvre de leurs pouvoirs de contrôle – hors le cas des visites domiciliaires – ne pourraient être écartés au seul motif de leur origine. Il a jugé que ces dispositions « ne sauraient, sans porter atteinte aux exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789, permettre aux services fiscaux et douaniers de se prévaloir de pièces ou documents obtenus par une autorité administrative ou judiciaire dans des conditions déclarées ultérieurement illégales par le juge » (considérant 33) – vous noterez le caractère très large de la formulation de cette réserve, qui paraît couvrir toutes les modalités d'obtention d'éléments de preuve, par une autorité administrative ou judiciaire, qu'elles soient encadrées ou non par une procédure organisée.

Le Conseil constitutionnel a également statué sur les dispositions des articles 38 et 40 de la loi, qui avaient pour objet de permettre aux administrations fiscale et douanière de se prévaloir des documents, pièces ou informations régulièrement recueillis par la mise en œuvre de leurs pouvoirs de contrôle, quelle que soit leur origine, pour demander au juge judiciaire l'autorisation de procéder à une visite domiciliaire. Le législateur entendait là revenir sur une jurisprudence constante de la Cour de cassation, en ouvrant une nouvelle faculté à l'administration, tout en l'encadrant : la loi confiait en effet au juge judiciaire le soin de contrôler le caractère proportionné de l'usage fait par l'administration de cette faculté au regard de l'objectif de recherche et de répression des infractions fiscales et douanières. En dépit de cet encadrement, le Conseil constitutionnel a jugé que ces dispositions étaient contraires à la Constitution, au motif que le législateur avait privé de garanties légales les exigences du droit au respect de la vie privée et, en particulier, de l'inviolabilité du domicile (considérant 39).

Le commentaire de cette décision aux *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* fait apparaître que, sur le premier point, le juge constitutionnel a entendu condamner votre jurisprudence de section du 6 décembre 1995 – donnant raison, près de vingt ans après, au commissaire du gouvernement Gilles Bachelier. Ce commentaire est aussi intéressant en ceci qu'il fait le lien entre la réserve d'interprétation formulée au regard de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (ci-après : la DDHC) et la référence figurant dans la décision du Conseil constitutionnel sur la garde à vue au respect du principe de loyauté dans l'administration de la preuve. Enfin le commentaire souligne qu'à l'inverse, lorsqu'une personne s'est procuré irrégulièrement des documents et qu'une autorité publique en prend connaissance par des voies légales, cette dernière n'est nullement responsable de l'irrégularité, ce qui ne pose pas de difficulté constitutionnelle.

La jurisprudence constitutionnelle la plus récente est donc orientée dans le sens d'un élargissement des implications de l'article 16 de la DDHC relatif à la garantie des droits. Vous savez qu'il s'agit là du fondement du principe constitutionnel des droits de la défense, dont le Conseil constitutionnel a tiré l'exigence que le procès soit gouverné par une « procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties » (voir par exemple décision n° 2014-693 DC du 25 mars 2014, cons. 18 ; décision n° 2010-15/23 QPC du 23 juillet 2010, cons. 4 ; plus anciennement, voir décision n° 95-360 DC du 2 février 1995, cons. 5 ; décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, cons. 44). A généraliser la

solution adoptée dans sa décision du 4 décembre 2013, on en déduit que la garantie des droits implique aussi que l'administration ne peut se prévaloir d'éléments de preuve « obtenus par une autorité administrative ou judiciaire dans des conditions déclarées ultérieurement illégales par le juge ». Ce qui signifie que le juge administratif ne peut ignorer la question de la légalité des éléments de preuve produits par l'administration. Et, si le rapprochement fait par le commentaire de la décision du 4 décembre 2013 est doté d'une quelconque prescience, la garantie des droits impliquerait aussi le respect d'un principe plus large, celui de la loyauté dans l'administration de la preuve.

2.4. Le tour d'horizon ne serait pas complet sans un coup d'œil à ce que jugent vos homologues dans des systèmes juridictionnels voisins.

Comme toujours, l'exercice de droit comparé est délicat et il ne faut s'y engager qu'avec prudence. Des éléments ont été recueillis grâce au concours précieux des spécialistes de votre Centre de recherches et de diffusion, portant sur les Etats-Unis d'Amérique, le Canada, le Royaume-Uni et l'Allemagne. De ces éléments, un constat particulièrement net se dégage : dans aucun des systèmes étudiés le juge ne se désintéresse des questions de légalité et de loyauté de la preuve ; tous admettent un débat sur ce point. Nous nous limiterons à deux exemples, qui nous ont semblé particulièrement intéressants parce qu'ils illustrent les choix faits par des juridictions en l'absence de textes limitant les modes de preuve admissibles.

En droit pénal américain, la Cour suprême a dégagé un principe de non-admissibilité des preuves obtenues en violation de certains droits constitutionnels, notamment ceux protégés par les 4^e et 5^e amendements à la Constitution (24 février 1914, *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383). Toutefois, ce principe est assorti d'exceptions qui tempèrent ce qu'il pourrait avoir d'excessif dans son application : ainsi une preuve obtenue de manière illégale peut être admissible si le juge estime qu'elle aurait pu en tout état de cause être obtenue par des moyens légaux (« *inevitable discovery* ») ou fournie par une source indépendante (« *independent source* »)¹⁵ ou encore, si l'officier chargé de réunir les preuves avait une « confiance objectivement raisonnable » dans la légalité de ses actes – autrement dit, s'il pouvait penser de bonne foi avoir agi légalement (« *good faith* »)¹⁶.

En Allemagne aussi les règles relatives à l'admissibilité de la preuve sont d'origine essentiellement jurisprudentielle. Un cadre a été fixé par la Cour constitutionnelle. Celle-ci a jugé que la Loi fondamentale ne prévoit pas de règle générale selon laquelle une preuve recueillie de manière illicite a nécessairement pour corollaire l'impossibilité d'en faire usage au cours du procès. Une telle interdiction ne joue que dans une hypothèse : lorsqu'un élément de preuve a été recueilli en portant atteinte au noyau intangible de la sphère privée d'une personne que protège la Constitution – entre dans cette sphère, notamment, tout ce qui touche à ses orientations religieuses ou sexuelles (BVerfG, 9 novembre 2010, 2 BvR 2101/09). En revanche, lorsque d'autres droits constitutionnellement protégés sont atteints, la Cour de Karlsruhe juge qu'il appartient à la juridiction concernée de se livrer à une évaluation des intérêts en présence, en prenant en compte, d'une part, la gravité de l'atteinte aux droits et, d'autre part, l'utilité de la preuve pour l'établissement des faits ainsi que la difficulté à établir ceux-ci par un autre moyen. Il y a donc une mise en balance très fine prenant en considération plusieurs critères, étant précisé que celui de l'utilité que présente la preuve pour

¹⁵ *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

¹⁶ *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009).

l'établissement des faits est pondéré en fonction de la nature de l'intérêt qu'il s'agit de défendre : ainsi la protection d'un intérêt général supérieur est susceptible de justifier une atteinte d'une certaine intensité à un droit constitutionnel (pour des exemples pris dans la jurisprudence de la Cour fédérale de justice, cf. BGH 20 mai 2009, IV ZR 274/06 ; BGH 15 mai 2013, XII ZB 107/08).

*

3. Il n'est pas facile, une fois ce tour d'horizon effectué, d'en tirer des conséquences sur les règles qui doivent être appliquées au procès administratif en général et au contentieux des sanctions disciplinaires des agents publics en particulier.

3.1. S'agissant des règles générales qui s'appliquent au procès administratif, nous limiterons notre ambition à vous faire part de quelques convictions – en espérant que vous les fassiez vôtres et qu'elles deviennent certitudes.

3.1.1. La première, c'est qu'il n'est pas question de remettre en cause la liberté de la preuve. Cette liberté implique seulement que les modes de preuve ne sont pas limitativement définis, prédéterminés. Elle n'a jamais signifié que les éléments de preuve ne pouvaient connaître aucune forme de limitation – en témoigne assez bien, nous l'avons dit tout à l'heure, votre jurisprudence relative à la prise en compte, dans la conduite de l'instruction, des secrets protégés par la loi. Ainsi, l'admission d'un débat sur la légalité voire sur la loyauté de la preuve ne constituerait nullement une renonciation à la liberté de la preuve devant le juge administratif. Elle manifesterait simplement que cette liberté n'est pas sans limite.

3.1.2. La deuxième de nos convictions, c'est qu'il vous appartient, tout au moins dans les matières entrant dans le champ des stipulations de l'article 6 § 1 de la convention EDH, d'en tirer les conséquences en matière d'admissibilité des preuves. Nous vous avons dit tout à l'heure qu'elles étaient modestes – en tout cas dans un Etat comme la France où la torture n'est pas une pratique courante. Les stipulations de l'article 6 § 1 impliquent simplement, pour le dire brièvement, que le juge doit exclure du dossier qui lui est soumis tout élément de preuve qui serait de nature à priver le procès dans son ensemble de son caractère équitable.

3.1.3. La troisième de nos convictions, c'est que vous ne pouvez refuser d'ouvrir un débat plus général sur la légalité de la preuve et qu'il y a lieu, selon nous, de l'étendre à la loyauté de la preuve.

Nous vous avons dit tout à l'heure la raison pour laquelle il nous semble nécessaire d'admettre dans votre prétoire un débat sur la légalité des éléments de preuve dont se prévaut l'administration : la décision du Conseil constitutionnel du 4 décembre 2013 l'impose. Celle-ci est de large portée puisque, nous l'avons dit, elle est fondée sur les dispositions de l'article 16 de la DDHC relatives à la garantie des droits et, plus particulièrement, au respect des droits de la défense. On peut bien sûr s'interroger sur les implications précises de cette décision. Ce qui est certain c'est qu'elle interdit, à tout le moins, d'écarter comme inopérant tout débat sur la légalité des éléments de preuve produits par l'administration. Et nous avons d'autant moins d'hésitation à vous inviter à aller dans le sens de l'ouverture d'un tel débat

qu'il ne s'agit, au fond, que de tirer toutes les conséquences du principe de légalité de l'action administrative¹⁷.

Faut-il aller plus loin et inclure dans ce débat la question de la loyauté de la preuve ? Nous vous le proposons, essentiellement pour trois raisons.

Premièrement, il nous paraîtrait étrange que vous mainteniez un splendide isolement en ignorant les jurisprudences des chambres civiles de la Cour de cassation, de sa chambre criminelle et du Conseil constitutionnel. Si toutes n'ont pas affirmé avec la même solennité l'existence d'un principe de loyauté dans l'administration de la preuve, si toutes ne lui donnent pas la même portée, toutes l'ont reconnu. Et surtout, toutes l'ont rattaché, de manière plus ou moins explicite, à des principes qui s'appliquent bien évidemment au procès administratif : respect des droits de la défense, égalité des armes, caractère contradictoire de la procédure¹⁸.

Deuxièmement, la loyauté constitue déjà une source d'inspiration de votre jurisprudence en matière, notamment, de droit processuel. Notre collègue Mattias Guyomar, dans un article tout récent consacré à la loyauté en droit administratif, paru dans la livraison 2014 de la revue « Justice et cassation », recensait un certain nombre de solutions manifestant l'opposabilité du principe de loyauté à l'administration, aussi bien qu'au juge administratif lui-même dans la conduite du procès. La solution la plus marquante à cet égard est probablement, dans votre jurisprudence récente, celle qui impose au juge de ne pas faire application d'une solution jurisprudentielle nouvelle qui bouleverserait la face du litige sans en avoir au préalable averti les parties (CE section, 19 avril 2013, CCI d'Angoulême, n° 340093, à publier au Recueil¹⁹). Votre décision censure l'arrêt d'une cour administrative d'appel qui avait procédé différemment pour méconnaissance du caractère contradictoire de la procédure. Mais les commentateurs les plus avisés de votre jurisprudence, Aurélie Bretonneau et Xavier Domino, ont placé sans hésiter cette solution sous les auspices de la loyauté dans le procès administratif (ainsi que le trompette le titre de leur chronique à l'AJDA 2013 p. 1276). Parcourant votre jurisprudence relative aux obligations du juge dans le cours de la procédure, ils estimaient que s'en dégageait « comme un parfum inavoué de principe général de procédure d'organisation par le juge de la loyauté des débats ». Vous ne l'avez jamais

¹⁷ Cet approfondissement de la soumission de l'administration au principe de légalité aura, à notre avis, une réelle portée. Parce que les actes accomplis par l'administration dans la recherche des éléments de preuve utiles à son action sont rarement attaques par la voie du recours pour excès de pouvoir (soit qu'il ne s'agisse pas de décisions administratives, soit que, bien que saisissables sous la forme de décisions, ils présentent le caractère de mesures préparatoires) et parce que ceux qui seraient illégaux occasionneront rarement, pour les personnes dont les droits ont été violés, un préjudice d'une ampleur telle que ses conséquences indemnitaires soient dissuasives, conditionner l'admissibilité des éléments de preuve devant le juge administratif à leur légalité constitue un moyen utile de prévenir la commission d'illégalités de la part de l'administration. On parle sans doute ici d'illégalités modestes, diffuses, « de basse intensité » mais cela ne les rend pas moins condamnables – et peut-être encore plus détestables du fait même qu'il est difficile d'en obtenir la sanction.

¹⁸ Ajoutons qu'en matière processuelle, vous n'hésitez pas à vous inspirer, lorsqu'il n'existe ni texte ni bonnes raisons imposant de vous en écarter, des règles posées par le code de procédure civile – nous pensons notamment à votre jurisprudence sur l'administration de la preuve qui, tout en l'adaptant, part de la règle posée à l'article 9 du code de procédure civile, selon laquelle pèse en principe sur le demandeur à l'instance la preuve des faits nécessaires au succès de sa prétention (voir, pour le dernier état de cette jurisprudence, CE 26 novembre 2012, Mme C..., n° 354108, au Recueil). Or, nous vous l'avons dit, ce même article 9 du code de procédure civile est le texte sur lequel s'appuie principalement la jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation relative au principe de loyauté.

¹⁹ Voir aussi, dans la même veine, CE 22 mai 2013, M. C..., n° 350551, aux tables du Recueil.

expressément reconnu mais nous en sommes pour notre part également convaincu : le principe de loyauté constitue un principe directeur du procès administratif. Vous l'avez d'ailleurs, à notre avis, déjà appliqué, de manière implicite, en matière d'administration de la preuve : il n'y a pas beaucoup à forcer le trait pour considérer que, dans votre fameuse décision *Barel* de 1954²⁰, en annulant les décisions attaquées sur les motifs desquelles l'administration refusait de vous éclairer, vous avez sanctionné une déloyauté dans l'administration de la preuve. De là à tirer les conséquences de ce principe de loyauté en matière d'admissibilité des éléments de preuve, il n'y a qu'un pas que nous vous invitons à franchir.

Troisièmement, vous avez déjà affirmé que l'administration était tenue d'utiliser loyalement les pouvoirs que les textes lui confèrent en vue de recueillir les renseignements nécessaires à son action. Vos sous-sections réunies ont ainsi jugé que l'administration fiscale est « tenue à un devoir de loyauté » dans l'usage de ses pouvoirs de contrôle, de sorte qu'elle ne saurait induire en erreur les contribuables auxquels elle adresse des demandes de renseignements sur le fondement de l'article L. 10 du livre des procédures fiscales (CE 26 mai 2010, M. B..., n° 296808, inédite au Recueil, RJF 8-9/2010 n° 797). Vous n'avez pas renouvelé cette référence expresse à un devoir de loyauté de l'administration fiscale. Mais vous en avez repris intégralement les implications en jugeant, en formation de section, qu'elle ne pouvait recueillir des renseignements auprès des contribuables en les induisant en erreur sur l'étendue de leurs obligations et sur les conséquences qu'elle pourrait tirer d'un défaut de réponse de leur part (CE section, 16 avril 2012, M. et Mme M..., n° 320912, au Recueil, RJF 7/2012 n° 679). Bien sûr, il s'agit de solutions rendues en matière fiscale, de sorte que, nous vous le disions au début de ces conclusions, la déloyauté de l'administration ne se traduit pas pour elle par l'interdiction de se prévaloir des éléments de preuve déloyalement recueillis mais par l'irrégularité de la procédure d'imposition, pour méconnaissance des textes encadrant ses pouvoirs de contrôle. Toutefois, nous voyons mal pourquoi la même obligation de loyauté ne s'appliquerait pas dans la généralité des cas, c'est-à-dire lorsqu'aucun texte ne prévoit la procédure que l'administration doit suivre pour recueillir les informations utiles à son action – nous pensons notamment à l'hypothèse où elle se borne à utiliser la faculté, dont elle dispose toujours, de correspondre avec ses administrés pour recueillir ces informations.

Bref, au-delà de votre prétoire, un consensus existe selon lequel les preuves dont l'administration peut se prévaloir devant un juge doivent obéir aux exigences de légalité et de loyauté. Le Conseil constitutionnel leur a donné un fondement constitutionnel des plus solides, la garantie des droits. Et ni le principe de loyauté ni – évidemment – celui de légalité ne sont étrangers à votre jurisprudence. Nous vous invitons à admettre à votre tour que, devant le juge administratif, l'administration ne peut en principe se prévaloir que de preuves légales et loyales. Telle est la troisième de nos convictions.

3.1.4. La quatrième – et ce sera la fin de notre profession de foi –, c'est que les exigences de légalité et de loyauté des éléments de preuve produits par l'administration devant le juge doivent être conciliées avec d'autres exigences, règles ou principes. Et c'est sur ce point que vous devez, à notre sens, faire entendre votre voix dans la conversation qu'ont entamée les juges constitutionnels et judiciaires à propos du principe de loyauté.

²⁰ CE assemblée, 28 mai 1954, n° 28238 et autres, au Recueil p. 308, GAJA 19° éd. n° 38.

Il s'agit tout d'abord de garder à l'esprit ce qu'implique le droit de l'Union européenne, précisément le principe d'effectivité du droit de l'Union que nous évoquions tout à l'heure. Cette réserve est peut-être toute théorique mais nous croyons nécessaire de la rappeler : à chaque fois qu'elles pourraient entrer en conflit avec lui, les exigences de légalité et de loyauté de la preuve devraient, autant que possible, être conciliées avec le principe d'effectivité du droit de l'Union.

Il s'agit ensuite de prendre en compte les particularités du procès administratif. La principale est qu'il implique des collectivités publiques chargées de la défense d'intérêts généraux qui, dans certains cas, doivent prévaloir sur les exigences de légalité et de loyauté de la preuve. A ce titre, il nous semble indispensable de ménager, ce que n'ont fait jusqu'à présent ni la jurisprudence judiciaire ni la jurisprudence constitutionnelle, l'hypothèse dans laquelle une autorité administrative serait détentrice d'informations qui lui imposeraient d'agir dans un sens déterminé, sauf à méconnaître gravement un intérêt public. Il faudrait alors admettre qu'elle puisse se prévaloir devant le juge de ces éléments de preuves, alors même qu'elle les aurait recueillis en méconnaissance des exigences de légalité et de loyauté. Nous pensons, tout spécialement, aux cas dans lesquels l'administration est chargée d'une mission de police, qu'illustre la solution retenue dans votre décision *M. R. S.* du 3 mars 1995 citée au début de ces conclusions. Comme l'indiquait votre commissaire du gouvernement, le président Bonichot, en matière de police administrative, « la protection de la sécurité et la prévention des atteintes à l'ordre public interdit à l'administration de fermer les yeux sur des éléments qui sont portés à sa connaissance au motif qu'ils l'auraient été irrégulièrement ». Nous croyons que cette solution doit être préservée, même s'il faut cantonner les hypothèses dans lesquelles l'administration pourrait se prévaloir devant le juge d'éléments de preuve qui ne répondraient pas aux exigences de légalité et de loyauté. Tel est le cas, à notre avis, si l'administration justifie qu'elle ne pouvait écarter ces éléments sans porter une atteinte grave et immédiate à un intérêt public.

Il s'agit enfin de ne pas faire une application inconsidérée des exigences de légalité et de loyauté de la preuve aux informations, pièces ou documents que des tiers transmettent à l'administration de manière spontanée et en dehors de tout cadre procédural organisé²¹. Il nous semble indispensable en effet, quel que soit le nom dont on affuble ces tiers – délateurs, corbeaux, balances, honorables correspondants ou lanceurs d'alerte –, de conserver toute leur utilité à ces canaux d'information et donc de permettre à l'administration de se prévaloir devant le juge des éléments qui lui sont transmis par ce biais, alors même que leur origine serait douteuse. D'abord parce que l'action de ces tiers extérieurs à l'administration n'est pas soumise au principe de légalité. Ensuite parce que l'administration n'est pas responsable des conditions dans lesquelles ils ont recueilli les éléments de preuve transmis – et d'ailleurs, *a priori*, elle les ignore. Enfin parce que, à supposer même que les circonstances entourant l'obtention de ces éléments soient connues, il pourra être redoutablement malaisé de déterminer si cette obtention est entachée d'illégalité – par exemple si oui ou non il y a eu vol ou violation du secret de l'instruction. Ce sont là de bonnes raisons, à notre avis, d'exclure l'application des exigences de légalité et de loyauté des preuves aux éléments transmis à l'administration par des tiers – mais nous réservons bien sûr l'hypothèse dans laquelle le tiers

²¹ Lorsque des éléments de preuve sont obtenus par elle par l'exercice régulier d'une procédure de contrôle ou d'investigation, la circonstance que le tiers auprès duquel elle les recueille les aurait lui-même obtenus de manière illégale ou déloyale est certainement sans incidence sur leur admissibilité : cf. par exemple Cass. crim. 27 novembre 2013, n° 13-85.042, Bull. crim. n° 238, RJF 3/2014 n° 297 ; CE 3 décembre 1990, SA Antipolia, n° 103101, au Recueil, RJF 2/1991 n° 200.

aurait agi à l'instigation de l'administration. Tout au plus pourrait-on envisager une application « dérivée » de ces exigences, qui consisterait à interdire à l'administration de se prévaloir des éléments transmis par un tiers lorsqu'il est établi qu'elle ne pouvait ignorer les conditions illégales ou déloyales dans lesquelles ils ont été obtenus – autrement dit, il s'agirait de prévoir une exception lorsque l'illégalité ou la déloyauté est manifeste.

Bref, vous l'aurez compris, nous vous invitons à une forme de mise en balance des exigences de légalité et de loyauté de la preuve avec celles de l'action administrative. Paraphrasant le fameux arrêt *Blanco* du Tribunal des conflits²², nous dirions volontiers que le principe de loyauté dans l'administration de la preuve n'est ni général, ni absolu ; que ses implications varient suivant la nécessité de concilier les intérêts publics dont l'administration a la charge avec les exigences de légalité et de loyauté de la preuve. Cette mise en balance marquera votre différence dans le concert des juridictions. Mais elle ne paraîtra nullement incongrue : la Cour de cassation, nous vous l'avons dit, admet elle aussi une telle mise en balance lorsque certains éléments de preuve sont indispensables à la défense des intérêts d'une partie au procès ; et, nous le disions tout à l'heure, elle correspond, parmi les ordres juridiques étrangers que nous avons étudiés, à une pratique généralisée.

Ceci précisé, nous vous invitons à reconnaître sans ambages l'existence d'un principe de loyauté dans l'administration de la preuve. Compte tenu du fondement constitutionnel de l'exigence de légalité de la preuve affirmé par la décision du Conseil constitutionnel du 4 décembre 2013, nous n'avons guère de doute qu'il s'agit d'un principe général du droit. Vous pourriez utilement le préciser en indiquant qu'il s'applique en l'absence de disposition législative contraire – mais nous ne sous-estimons pas la réticence qui pourrait être la vôtre à reconnaître d'emblée un tel statut à un principe que vous n'avez jusqu'à présent jamais expressément consacré.

Au-delà de ces quelques convictions, nous ne vous proposerons pas aujourd'hui une panoplie de règles découlant du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, qui serait applicable à l'ensemble du contentieux administratif. Une telle tentative serait périlleuse, précisément parce que l'équilibre qu'il appartient selon nous au juge administratif de définir, en application de ce principe, n'aboutira pas toujours au même résultat. Les exigences de légalité et de loyauté de la preuve sont bien sûr toujours les mêmes. Mais, de l'autre côté de la balance, les intérêts publics en jeu peuvent être fort différents selon la nature du contentieux. Pour vous dire le fond de notre pensée, cette conciliation à laquelle devra procéder le juge administratif restera à notre avis essentiellement casuistique.

3.2. Tout ce qui importe aujourd'hui, pour statuer sur le pourvoi de M. G..., c'est de poser une première pierre en matière de contentieux disciplinaire des agents publics. Il ne s'agit même pas, dans ce champ restreint, de définir tout ce qu'implique le principe de loyauté dans l'administration de la preuve. Simplement de prendre position sur la question de savoir si l'administration peut avoir recours à tout procédé, même illégal ou déloyal, pour établir la réalité des faits qui fondent sa décision d'infliger une sanction²³.

²² TC 8 février 1873, n° 00012, au Recueil p. 62.

²³ C'est bien sûr à elle d'établir la réalité de ces faits (cf. CE 22 décembre 1976, M. L..., n° 96271, aux tables du Recueil).

Le contentieux de la discipline des agents publics n'est en aucune manière régi par le droit de l'Union européenne – vous n'avez donc pas à vous préoccuper de ce qu'impliquerait, le cas échéant, le principe d'effectivité du droit de l'Union.

En revanche, la matière est dans le champ d'application des stipulations de l'article 6 § 1 de la convention EDH. Vous le savez, la jurisprudence récente de la Cour de Strasbourg y englobe désormais, sauf rarissimes exceptions, l'ensemble du contentieux de la fonction publique²⁴ – et votre propre jurisprudence a suivi ce mouvement (voyez, pour un contentieux portant sur une sanction disciplinaire, CE 12 décembre 2007, M. S..., n° 293301, aux tables du Recueil²⁵). Il en découle, nous nous en sommes déjà expliqué, que le juge administratif, saisi d'un recours contre une sanction disciplinaire d'un agent public, doit exclure du dossier qui lui est soumis tout élément de preuve qui serait de nature à priver le procès dans son ensemble de son caractère équitable.

Au-delà, se pose la question de savoir ce qu'implique le principe de loyauté dans l'administration de la preuve. S'agissant d'un contentieux qui n'est pas, par nature, très différent des litiges portés devant les conseils de prud'hommes, il faudrait de bonnes raisons pour s'écarter de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, dont nous avons rappelé les grandes lignes tout à l'heure. Pour notre part, nous n'en voyons guère. Aussi nous vous invitons à juger qu'en matière disciplinaire, le principe de loyauté dans l'administration de la preuve implique, notamment, que l'administration ne peut se prévaloir devant le juge de pièces ou documents qu'elle a obtenus en mettant en œuvre, directement ou indirectement, un procédé illégal ou déloyal.

La solution, à dire vrai, nous paraît non seulement fondée en droit mais opportune. Nous n'avons en effet trouvé aucun texte encadrant, de manière générale, les pouvoirs de surveillance de l'administration sur ses agents – à l'inverse de ce que prévoit le droit du travail, qui a repris l'obligation d'information préalable des salariés dégagée par la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation (cf. articles L. 1222-4 et L. 2323-32 du code du travail). Certes, ce n'est pas tellement la surveillance physique qui nous inquiète – encore moins l'hypothèse rocambolesque du recours à une agence de détective privé, dont le coût garantit qu'elle n'est pas prête de se généraliser. Ce qui nous préoccupe, c'est la surveillance électronique des activités des agents de l'administration, à une époque où les utilisations privées et professionnelles des outils de communication électronique s'entremêlent – pas toujours, d'ailleurs, au dam de l'employeur. Il n'est pas anormal que l'administration puisse contrôler le contenu des messageries de ses agents, vérifier les pages internet qu'ils consultent pendant leur temps de travail ou savoir quelles applications ils utilisent sur les ordinateurs mis à leur disposition à titre professionnel. Il est difficilement admissible, en revanche, qu'elle puisse le faire à leur insu, dans des conditions dont ils n'ont pas été préalablement informés et surtout qu'elle puisse, le cas échéant, se prévaloir des informations ainsi recueillies contre eux, jusque devant un juge. Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve que nous vous proposons de reconnaître supplée utilement à l'absence d'encadrement des pouvoirs de contrôle de l'administration-employeur.

²⁴ CEDH 19 avril 2007, Eskelinen et autres c/ Finlande, n° 63235/00.

²⁵ Et avant cela, pour un contentieux portant sur le refus de renouvellement d'un détachement, CE 21 octobre 2011, Mme B..., n° 325699, au Recueil.

Faut-il réserver des cas, en contentieux disciplinaire, dans lesquels l'administration pourrait, par exception, se prévaloir devant le juge d'éléments de preuve qu'elle a recueillis en mettant en œuvre un procédé illégal ou déloyal ? S'agissant d'une méconnaissance aussi frontale des exigences de légalité et de loyauté de la preuve, on peut hésiter. Nous vous proposons cependant de l'admettre dans l'hypothèse très restrictive que nous envisageons tout à l'heure, c'est-à-dire si l'administration justifie qu'elle ne pouvait écarter ces éléments sans porter une atteinte grave et immédiate à un intérêt public. Nous voyons mal, *a priori*, comment cela pourrait être le cas en matière disciplinaire, ne serait-ce que parce que le principe d'opportunité des poursuites trouve à s'appliquer en l'absence de texte contraire – votre assemblée du contentieux l'a récemment reconnu²⁶ – et parce que l'administration peut toujours, dans l'intérêt du service, procéder à la suspension ou à la mutation d'un agent dont les agissements nuiraient aux intérêts publics dont elle a la charge. Mais nous voulons bien admettre, pour ne pas insulter l'avenir, que dans des cas tout à fait exceptionnels, les agissements d'un agent puissent être regardés comme tellement graves qu'ils impliquent que l'administration rompe tout lien avec lui dans les plus brefs délais.

*

4. Ce cadre posé, nous pouvons – enfin – en venir au pourvoi de M. G....

La cour administrative d'appel a relevé, par un motif non contesté de son arrêt, que la commune avait confié à l'agence de détective privé une mission « étroitement encadrée » : il s'agissait de mettre en évidence les activités professionnelles de M. G... et de son épouse – qui était elle aussi employée par la commune – et d'en administrer les preuves par des surveillances²⁷. La cour a également relevé que l'agence avait réalisé un rapport fondé sur des constatations matérielles du comportement de M. G... dans des lieux ouverts au public. Puis elle a jugé que la commune n'avait pas porté au droit à la vie privée de son agent une « atteinte insusceptible d'être justifiée par les intérêts légitimes de la commune et le souci de protection de l'image de l'administration territoriale ».

Relevons tout d'abord que, comme la cour l'a admis, il y a bien eu violation du droit de M. G... au respect de sa vie privée. La Cour de cassation juge avec constance qu'une filature est attentatoire à la vie privée (cf., au visa notamment de l'article 9 du code civil, Cass. soc. 26 novembre 2002, n° 00-42.401, précité). L'illégalité commise est tout aussi certaine sur le terrain de l'article 8 de la convention EDH. Ses stipulations n'autorisent une autorité publique à s'ingérer dans le droit au respect de la vie privée et familiale que si cette ingérence est prévue par la loi (y compris lorsque cette autorité publique agit en tant qu'employeur : voir par exemple CEDH 25 juin 1997, Halford c/ Royaume-Uni, n° 20605/92, §§ 42-48). Or la Cour de Strasbourg a une conception exigeante de ce qu'est une ingérence « prévue par la loi » : il faut que le droit interne offre une protection contre l'ingérence arbitraire dans l'exercice du droit à la vie privée et indique en termes suffisamment clairs en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite les autorités publiques à prendre des mesures de surveillance à l'insu des individus (outre les deux arrêts précités *Khan c/ Royaume-Uni*, §§ 22-28 et *El Haski c/ Belgique*, §§ 100 à 109, rendus à propos de filatures

²⁶ CE assemblée, 6 juin 2014, Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques et Union nationale lycéenne, n° 351582, à publier au Recueil.

²⁷ Ce terme de « surveillances » employé par la cour manifeste de sa part une certaine pudeur. La lecture du rapport de l'agence de détective privé, qui figure au dossier des juges du fond, fait ressortir qu'il s'agit de filatures.

sur la voie publique, voir *Halford c/ Royaume-Uni*, §§ 49-51). Tel n'était assurément pas le cas, en l'occurrence, de l'ingérence constituée par le recours de la part de la commune à des filatures exécutées par une agence de détective privé. Le rapport de l'agence produit par la commune devant le juge était donc le fruit de la mise en œuvre par cette dernière d'un procédé illégal²⁸.

Vous requalifierez bien sûr le moyen du pourvoi de M. G... qui a justifié les longs développements que nous lui avons consacré. Compte tenu de la conclusion à laquelle nous avons abouti, il doit être regardé comme faisant grief à la cour d'avoir autorisé la commune à se prévaloir d'éléments de preuve recueillis grâce à un procédé illégal, alors que les intérêts poursuivis par la commune ne le justifiaient pas. Cette mise en balance entre les exigences de légalité et de loyauté de la preuve et la sauvegarde des intérêts publics dont l'administration a la charge nous semble appeler, en cassation, un contrôle de l'erreur de qualification juridique des faits (cf., par analogie, CE 26 octobre 2007, min. c/ M. M..., n° 299680, aux tables du Recueil p. 856, à propos du contrôle du caractère proportionné de l'atteinte que porte une mesure d'éloignement du territoire à la vie privée et familiale, au regard des objectifs qu'elle poursuit). En l'espèce, le moyen doit être accueilli : nous ne voyons pas quel intérêt public la commune aurait lésé de manière grave et immédiate en écartant les éléments de preuve recueillis illégalement et en s'abstenant de prendre une sanction disciplinaire à l'encontre de M. G... sur leur fondement. On n'est donc pas dans l'exception que nous proposons de ménager, en la définissant de manière étroite, à la règle selon laquelle le principe de loyauté dans l'administration de la preuve interdit à l'administration de se prévaloir d'éléments de preuve recueillis en mettant en œuvre un procédé illégal ou déloyal.

*

Par ces motifs nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué ;
- au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel ;
- à ce que la commune verse une somme de 3 000 euros à M. G... au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- et au rejet des conclusions présentées à ce même titre par la commune.

²⁸ Et de surcroît, à notre avis, déloyal, dès lors qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la commune ait jamais informé ses agents qu'ils étaient susceptibles de faire l'objet de contrôles prenant la forme de filatures.