

# Chapitre 1 – Principe de la contradiction et droits de la défense

Le principe de la contradiction est l'un des fondements du procès équitable. Le juge doit assurer et faire assurer son respect. Mais, comme tout principe, il peut arriver que, dans certaines situations, un intérêt légitime supérieur, comme la nécessité de garantir le respect du secret médical ou de protéger le témoin d'un risque de représailles, nécessite le recours à des procédés de preuve non contradictoires, ou à la contradiction limitée.

Le respect du principe de la contradiction doit être assuré tout au long de la procédure, tant au cours des mesures préparatoires à la décision (section 1) qu'en ce qui concerne l'accès aux sources d'information (section 2). En matière pénale, domaine où les libertés individuelles sont directement dans le débat, ce principe revêt une importance particulière (section 3).

## Section 1 – Principe de la contradiction lors des investigations

La Cour de cassation s'attache à faire respecter le principe de la contradiction s'agissant, notamment, des expertises (§ 1) et des visites domiciliaires en matière fiscale (§ 2).

### § 1. Expertise

La Cour de cassation assure un contrôle strict du respect du principe de la contradiction au cours même des opérations d'expertise judiciaire (A), dont elle tempère les effets lorsqu'il s'agit d'expertises amiables (B).

#### A. Garantie des droits de la défense au cours de l'expertise

Le principe de la contradiction s'appliquant à l'expertise (1), sa violation appelle une sanction (2).

##### 1. Principe de la contradiction appliqué à l'expertise

Le code de procédure civile comporte un ensemble de dispositions prévoyant les conditions dans lesquelles les parties sont associées au déroulement de l'expertise, assurant ainsi le respect des droits de la défense au stade de l'expertise. L'expert agissant sur délégation du juge, il est souvent fait référence au respect par l'expert du principe de la contradiction, alors que cette obligation n'est faite qu'au juge par le code de procédure civile. D'ailleurs, la Cour de cassation vise parfois ce principe pour sanctionner des violations par l'expert de ses obligations à l'égard des parties (1<sup>re</sup> Civ., 1<sup>er</sup> février 2012, pourvoi n° 10-18.853, *Bull.* 2012, I, n° 20). On peut donc dire que « les principes fondamentaux de procédure qui garantissent l'équité du procès » s'appliquent au stade de l'expertise (*Droit de l'expertise, sous la direction de Tony Moussa*, Dalloz action 2009/2010, § 211-21).

Ainsi, il est jugé que l'obligation, pesant sur le juge, de ne trancher le litige que sur des pièces soumises à la libre discussion des parties, n'est pas satisfaite par la simple communication du rapport d'expertise au cours de la procédure (2<sup>e</sup> Civ., 28 février 2006, pourvoi n° 04-12.616 ; 2<sup>e</sup> Civ., 3 novembre 2005, pourvoi n° 03-18.705). C'est donc dès la phase d'expertise que les parties doivent être en mesure d'avoir un débat contradictoire. La jurisprudence de la Cour de cassation est ainsi conforme aux exigences qui résultent de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, 18 mars 1997, *Mantovanelli c. France*, requête n° 21497/93 ; CEDH, 18 février 2010, *Baccichetti c. France*, requête n° 22584/06).

L'expert a, en premier lieu, l'obligation de convoquer les parties aux opérations d'expertise (2<sup>e</sup> Civ., 20 décembre 2001, pourvoi n° 00-10.633, *Bull.* 2001, II, n° 202). L'article 160 du code de procédure civile dispose que les parties et les tiers qui doivent apporter leur concours aux mesures d'instruction, ainsi que leur défenseur, sont convoqués par la personne exécutant la mesure d'instruction et énonce les modalités de convocation. Cet article, figurant dans les dispositions communes aux mesures d'instruction, s'applique non seulement aux mesures d'expertise, mais également aux constatations régies par les dispositions des articles 249 et suivants du code de procédure civile (2<sup>e</sup> Civ., 5 mars 2009, pourvoi n° 08-11.650, *Bull.* 2009, II, n° 66). Il a été jugé que l'obligation de convocation concerne toutes les réunions (1<sup>re</sup> Civ., 9 juin 1982, pourvoi n° 81-11.455, *Bull.* 1982, I, n° 219 ; 3<sup>e</sup> Civ., 7 février 2007, pourvoi n° 05-20.410, *Bull.* 2007, III, n° 20 ; 2<sup>e</sup> Civ., 13 mars 2008, pourvoi n° 07-13.412).

Dans les cas où l'expert s'est adjoint les services d'un technicien d'une autre spécialité que la sienne (article 278 du code de procédure civile), il ne peut fonder ses conclusions sur l'avis de celui-ci qu'à la condition de donner connaissance de cet avis aux parties, afin qu'elles puissent le discuter devant lui (2<sup>e</sup> Civ., 21 janvier 2010, pourvoi n° 07-13.552, *Bull.* 2010, II, n° 16 ; 2<sup>e</sup> Civ., 15 avril 2010, pourvoi n° 09-10.239, *Bull.* 2010, II, n° 83 ; 1<sup>re</sup> Civ., 1<sup>er</sup> février 2012, pourvoi n° 10-18.853, *Bull.* 2012, I, n° 20).

De même, s'il est admis que l'expert effectue seul des constatations purement matérielles, dans des situations particulières le justifiant (mesure de bruits nocturnes, étude de pièces comptables, mesurage de locaux...), c'est à la condition de réunir ensuite les parties pour leur faire part de celles-ci (2e Civ., 13 janvier 2005, pourvoi n° 04-12.623 ; 2e Civ., 15 mai 2003, pourvoi n° 01-12.665, *Bull.* 2003, II, n° 147 ; 2e Civ., 3 novembre 2005, pourvoi n° 03-18.705 ; 2e Civ., 26 octobre 2006, pourvoi n° 05-10.843).

Les parties et leur conseil peuvent formuler des observations auprès de la personne chargée de la mission d'instruction ; selon l'article 276 du code de procédure civile, l'expert doit les prendre en considération et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent. Le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 a apporté diverses précisions à cette obligation afin qu'elle n'induisse pas des contraintes telles qu'elles génèrent des retards indus dans le dépôt du rapport. Ainsi, l'expert peut fixer un délai aux parties pour le dépôt des observations et si les parties déposent plusieurs dires, l'expert n'est tenu de répondre qu'au dernier d'entre eux. On reconnaît ici un mécanisme similaire à celui s'appliquant aux conclusions déposées devant le juge (article 753 du code de procédure civile).

Les procès-verbaux, avis ou rapports établis à l'occasion ou à la suite de l'exécution d'une mesure d'instruction sont adressés ou remis en copie à chacune des parties (article 173 du code de procédure civile). Le code de procédure civile n'impose pas à l'expert d'établir un prérapport avant le dépôt de son rapport définitif, mais de nombreuses missions d'expertise le prévoient.

## 2. Sanction du principe

Deux sanctions sont appliquées : la nullité entre les parties au litige (a), l'inopposabilité à l'égard des tiers (b).

### a. Nullité

La question est ici de savoir comment la partie à une expertise peut faire sanctionner, dans le litige au fond, la violation par l'expert du principe de la contradiction à son égard, quelle que soit la forme qu'a pu prendre cette violation : absence totale de convocation de la partie, absence de convocation de la partie ou de son conseil à une ou plusieurs réunions, absence de réponse à dire... Cette situation est à distinguer de celle de l'opposabilité d'une expertise à un tiers, situation qui sera examinée plus loin.

À titre préliminaire, il convient de rappeler que la demande de nullité de l'expertise formée à titre principal est irrecevable et que le juge doit relever cette irrecevabilité d'office (2e Civ., 3 mai 2007, pourvoi n° 06-12.190, *Bull.* 2007, II, n° 116 ; voir aussi 2e Civ., 2 décembre 2004, pourvoi n° 02-20.205, *Bull.* 2004, II, n° 513) : le rapport d'expertise est un élément de preuve produit au soutien d'une prétention soumise au juge.

La doctrine de la Cour de cassation a connu des évolutions en ce qui concerne la question de la sanction des obligations de l'expert et a parfois été marquée par des divergences entre ses chambres. S'il est certain qu'une expertise effectuée sans que l'expert respecte le principe de la contradiction encourt l'annulation, la question de savoir si cette sanction suppose que la partie établisse que la violation du principe de la contradiction lui a causé un grief a fait difficulté.

C'est pourquoi la Cour de cassation s'est réunie en chambre mixte le 14 septembre 2012, pour se prononcer sur le régime des sanctions des irrégularités de l'expertise judiciaire. Par l'arrêt rendu le 28 septembre 2012 (Ch. mixte, 28 septembre 2012, pourvoi n° 11-11.381, *Bull.* 2012, Ch. mixte, n° 1), la chambre mixte a clairement précisé que la partie à une instance dans laquelle une expertise a été diligentée et qui se plaint de violation de ses droits au stade de l'expertise ne peut que solliciter la nullité du rapport et non son inopposabilité. Par ailleurs, cette formation solennelle a rappelé que cette nullité suivait les règles applicables en matière de nullité des actes de procédure, comme le prévoit l'article 175 du code de procédure civile. Par un chapeau intérieur elle a jugé : « les parties à une instance au cours de laquelle une expertise judiciaire a été ordonnée ne peuvent invoquer l'inopposabilité du rapport d'expertise en raison d'irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise, lesquelles sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du code de procédure civile qui renvoient aux règles régissant les nullités des actes de procédure ».

Ainsi, la partie ne peut qu'invoquer un vice de forme ou une irrégularité de fond, étant rappelé que, depuis un arrêt de la chambre mixte du 7 juillet 2006 (Ch. mixte, 7 juillet 2006, pourvoi n° 03-20.026, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 6), ces derniers sont limitativement énumérés à l'article 117 du code de procédure civile. Cela implique que la partie qui n'invoque qu'un vice de forme (par exemple l'absence de convocation ou de convocation régulière à une réunion d'expertise) devra prouver le grief que lui a causé l'irrégularité en cause. Il appartiendra alors au juge du fond, saisi de ce moyen, d'apprécier souverainement si ce vice a empêché la partie de faire valoir ses arguments devant l'expert. Dans l'affaire jugée par la chambre mixte le 28 septembre 2012, la partie n'ayant pas sollicité l'annulation du rapport, son pourvoi a été rejeté.

Il faut noter que si un rapport est annulé à la demande de l'une des parties au procès, cette nullité vaut à l'égard de toutes les parties, quand bien même n'auraient-elles pas invoqué la nullité (2e Civ., 15 avril 2010, pourvoi n° 09-10.239, *Bull.* 2010, II, n° 83).

### b. Inopposabilité

La question de l'opposabilité d'une expertise peut se poser dans deux situations distinctes. Il se peut, en premier lieu, qu'une expertise ait été ordonnée entre deux parties (en référé ou au fond) et qu'un tiers devienne partie à l'instance ultérieurement, soit que n'ayant pas été partie à l'instance de référé, il soit assigné au fond, soit qu'il ne soit appelé à la procédure qu'après le dépôt du rapport d'expertise judiciaire. Il se peut, en second lieu, que l'expertise réalisée au contradictoire des parties à une instance déterminée soit invoquée dans une autre instance, impliquant deux autres parties ou seulement l'une des parties au premier litige. Dans ces deux cas, il s'agit d'opposer une expertise à une partie au contradictoire de laquelle elle n'a pas été réalisée. Cette situation est donc différente du cas, envisagé précédemment, dans lequel l'expertise a été ordonnée au contradictoire de toutes les parties, mais où l'expert n'a pas respecté toutes les obligations pesant sur lui pour garantir les droits de la défense de chacune d'elles.

En matière d'opposabilité, l'article 175 du code de procédure civile, relatif à la seule nullité du rapport, ne peut s'appliquer. Il s'agit ici d'une question de recevabilité ou d'admissibilité de l'expertise produite à titre de preuve : la pièce produite, en l'occurrence le rapport d'expertise, peut-il valoir contre une partie qui n'a pu faire valoir ses arguments lors de son élaboration ?

La deuxième chambre civile, dans sa jurisprudence la plus récente (2e Civ., 17 avril 2008, pourvoi n° 07-16.824, *Bull.* 2008, II, n° 95 ; 2e Civ., 8 septembre 2011, pourvoi n° 10-19.919, *Bull.* 2011, II, n° 166) juge que l'expertise ordonnée dans une autre instance peut être prise en considération dès lors qu'elle a été régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire des parties. Elle reprend ainsi la position adoptée par la chambre commerciale dans certains de ses arrêts (Com., 15 février 2000, pourvoi n° 97-16.770, *Bull.* 2000, IV, n° 33 ; Com., 24 mai 2005, pourvoi n° 04-10.324).

Il ressort d'arrêts de la troisième chambre civile que certaines circonstances de fait peuvent conduire à limiter le champ de cette jurisprudence, en exigeant qu'un tel rapport soit étayé par d'autres éléments de preuve (3e Civ., 12 janvier 2011, pourvoi n° 10-10.520, *Bull.* 2011, III, n° 4). Ainsi, cette chambre a jugé, le 27 mai 2010, qu'ayant relevé « que les opérations d'expertise s'étaient déroulées au contradictoire du maître d'œuvre à l'exclusion de toute autre partie et que les entreprises intervenantes et l'[assureur de l'une d'entre elles] n'avaient été [mis] en cause par l'architecte que plus de deux années après le dépôt du rapport, et retenu que la communication de ce rapport en cours d'instance ne suffisait pas à assurer le respect du contradictoire, la cour d'appel devant laquelle l'inopposabilité de l'expertise était soulevée et aucun autre élément de preuve n'était invoqué, a exactement retenu qu'aucune condamnation ne pouvait intervenir à l'encontre des appelés en garantie sur la base de ce seul rapport d'expertise » (3e Civ., 27 mai 2010, pourvoi n° 09-12.693, *Bull.* 2010, III, n° 104 ; dans le même sens, 3e Civ., 12 janvier 2011, pourvoi n° 10-10.520, *Bull.* 2010, III, n° 4). La première chambre s'appuie également souvent sur l'existence d'autres éléments de preuve pour considérer que l'expertise pouvait être opposée à la partie qui n'avait pas été appelée à la procédure dans laquelle l'expertise avait été ordonnée (1<sup>re</sup> Civ., 1<sup>er</sup> juillet 2003, pourvoi n° 01-02.700 ; 1<sup>re</sup> Civ., 14 avril 2010, pourvoi n° 08-20.386), mais admet parfois que cette circonstance n'est pas nécessaire (1<sup>re</sup> Civ., 2 avril 2009, pourvoi n° 08-12.065).

## **B. Expertise amiable non contradictoire**

Le montant du loyer cristallise souvent les antagonismes entre les parties au bail. Il oblige, dans les statuts locatifs impératifs, le législateur à dégager des règles de compromis, de telle sorte que le loyer ne soit pas trop lourd pour le locataire, mais qu'il ne soit pas non plus si faible que les bailleurs soient dissuadés de proposer leurs biens à la location.

Le statut des baux commerciaux prévoit ainsi, pour la fixation du loyer du bail renouvelé, un dispositif censément respectueux des intérêts des deux cocontractants.

Selon l'article L. 145-34 du code de commerce, à moins d'une modification notable des éléments mentionnés aux 1° à 4° de l'article L. 145-33 du même code, soit, notamment, les facteurs locaux de commercialité (définis à l'article R. 145-6 du même code), le loyer du bail renouvelé est plafonné.

Il est depuis longtemps reconnu aux juges du fond le pouvoir d'apprécier souverainement le caractère notable de la modification des éléments de calcul du loyer (voir, par exemple, 3e Civ., 25 juin 1975, pourvoi n° 74-13.069, *Bull.* 1975, III, n° 219).

À cette fin, ils apprécient tout aussi souverainement les éléments de preuve qui leur sont soumis par le bailleur à l'appui de sa demande de déplafonnement fondée sur une modification notable des facteurs locaux de commercialité (3e Civ., 24 janvier 2001, pourvoi n° 99-12.688).

S'il est entendu qu'une telle preuve peut être administrée par tous moyens, est-il envisageable que le bailleur puisse exciper des résultats d'une expertise diligentée à son initiative et, qui plus est, non contradictoire ?

La troisième chambre civile a apporté à cette question délicate une réponse nuancée. Aux termes d'un arrêt en date du 3 février 2010 (3e Civ., 3 février 2010, pourvoi n° 09-10.631, *Bull.* 2010, III, n° 31), elle a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui s'était fondée exclusivement sur une expertise de la sorte pour se prononcer sur le déplafonnement du loyer d'un bail renouvelé (« Qu'en statuant ainsi, en se fondant exclusivement sur une expertise non contradictoire établie à la demande d'une des parties, la cour d'appel, qui a méconnu le principe de

l'égalité des armes, a violé le texte susvisé [article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] »).

Fondée sur le principe conventionnel dit d'« égalité des armes », qui régit la matière de la preuve devant les juridictions, cette décision peut être regardée comme assurant un certain équilibre entre les parties : s'il n'est pas interdit au bailleur de produire, pour démontrer l'existence d'une évolution notable des facteurs locaux de commercialité, un rapport d'expertise amiable établi à sa seule initiative et à l'insu du locataire, il est fait défense au juge du bail d'appuyer sa décision sur cette seule preuve « unilatérale », serait-elle soumise *a posteriori* à la discussion du locataire dans le cadre de l'instance. Ce juge devra donc, s'il entend utiliser cette preuve à l'appui de sa décision, l'étayer par d'autres, non suspectes de partialité, parmi lesquelles, le cas échéant, une expertise judiciaire ordonnée par ses soins.

## § 2. Visites domiciliaires en matière fiscale

La jurisprudence a considéré qu'il convenait d'imposer à l'administration, dès lors qu'une demande était faite, de transmettre les pièces à l'auteur de l'appel. La faculté de consultation du dossier au greffe, prévue par l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, ne dispense pas l'administration de communiquer à la partie qui le demande les pièces dont elle fait état. Si la faculté pour la partie qui exerce, en application de l'article L. 16 B, II, du livre des procédures fiscales, un appel contre une ordonnance autorisant des visites et saisies, de consulter au greffe les pièces présentées par l'administration fiscale pour obtenir cette autorisation, ne dispense pas l'administration de communiquer la copie de ces pièces à cette partie lorsqu'elle en fait la demande, le premier président saisi seulement d'une demande tendant à obtenir du greffe copie des pièces communiquées par l'administration au soutien de sa requête d'autorisation peut rejeter cette demande (Com., 2 février 2010, pourvoi n° 09-13.795, *Bull.* 2010, IV, n° 29 ; Com., 2 février 2010, pourvoi n° 09-14.821, *Bull.* 2010, IV, n° 27 ; Com., 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-67.382 ; Com., 1<sup>er</sup> juin 2010, pourvoi n° 09-16.392 : « Mais attendu que les dispositions de l'article 164 de la loi du 4 août 2008, qui introduisent la possibilité d'un appel devant le premier président de la cour d'appel en matière de droit de visite des agents de l'administration des impôts permettent d'obtenir un contrôle juridictionnel effectif de la décision prescrivant la visite ; qu'ayant retenu que le dossier transmis par le tribunal de grande instance ne comportait que la requête, visant et décrivant les pièces qui en étaient le support, et l'ordonnance du juge reprenant dans ses attendus les pièces fondant sa décision, et qu'une audience avait permis de recoler ces pièces par la mise à disposition d'une copie des archives de l'administration fiscale et l'envoi à l'avocat de l'appelant d'une copie dématérialisée de ces pièces, le premier président en a déduit à bon droit que la procédure n'avait pas porté atteinte aux droits de M. X... qui avait bénéficié d'un recours effectif ; que le moyen n'est pas fondé »).

## Section 2 – Principe de la contradiction et secret

Le principe de la contradiction rencontre des limites lorsque sont en cause certains secrets. Le secret médical en matière d'accident du travail (§ 1) et celui de l'identité des syndiqués (§ 2) illustrent cette difficulté.

### § 1. Secret médical en matière d'accident du travail

La prise en charge des accidents du travail et des maladies professionnelles réunit en un rapport triangulaire la victime (ou ses ayants droit), l'employeur et l'organisme de sécurité sociale. C'est à ce dernier qu'il revient de procéder à la reconnaissance de l'accident ou de la maladie et à l'indemnisation de la victime (versement des prestations légales), ainsi qu'à la tarification du risque pour la détermination du taux des cotisations dues au titre du risque professionnel par l'employeur. Ce dernier peut avoir intérêt, dès lors, à contester non seulement la qualification même, au regard des dispositions du livre IV du code de la sécurité sociale, de l'accident ou de la maladie, mais également les modalités de son indemnisation, s'agissant en particulier de la fixation du taux d'incapacité permanente partielle applicable à la rente allouée à la victime après consolidation.

La contestation pouvant porter en la matière sur des questions d'ordre médical touchant la victime (imputation de séquelles à un précédent accident, détermination de la date de la guérison ou de la consolidation, taux d'incapacité permanente), la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur l'équilibre à retenir entre les exigences opposées de la protection de la vie privée de la victime et de la faculté pour l'employeur de défendre ses droits. La question s'est posée, plus particulièrement, devant les juridictions du contentieux technique de la sécurité sociale (tribunaux du contentieux de l'incapacité et Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail) appelées à statuer sur les litiges nés de la contestation du taux d'incapacité permanente partielle après consolidation de l'état de la victime.

La Cour de cassation a procédé à une distinction :

– Le respect de la vie privée et le secret médical (lequel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin), garantis respectivement par les articles 9 du code civil et R. 4127-4 du code de la santé publique, font normalement obstacle à la communication à l'employeur de toutes pièces administratives et médicales se rapportant à l'état de la victime, la seule sollicitation de l'attribution des prestations dues au titre de la législation professionnelle ne valant pas accord de la victime, ni absence d'opposition de sa part, à la levée du secret médical (2e Civ., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-18.364, *Bull.* 2008, II, n° 240, *Rapport annuel* 2008, p. 264 ; 2e Civ., 19 février 2009, pourvoi n° 08-11.959 [1<sup>er</sup> moyen, 1<sup>re</sup> branche], *Bull.* 2009, II, n° 62) ;

– Dès lors que l'organisme ne communique pas à l'employeur les pièces nécessaires à un réel débat contradictoire, ce dernier ne peut exercer son droit à un recours ; le respect des principes d'un procès équitable conduisent alors à rendre inopposable à l'employeur la décision de l'organisme fixant le taux d'incapacité permanente partielle de la victime d'un accident du travail (2e Civ., 19 février 2009, pourvoi n° 08-11.959 [2e moyen] et n° 08-11.888 [deux arrêts], *Bull.* 2009, II, n° 62).

La question a fait l'objet, il convient de le souligner, d'aménagements. Les dispositions de l'article L. 143-10 du code de la sécurité sociale ont ainsi été modifiées par l'article 79 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 à effet d'instituer, dans le cadre de l'expertise organisée par la juridiction du contentieux technique, la communication du dossier médical au médecin-expert et, par l'intermédiaire de celui-ci, au praticien désigné par l'employeur. Une suggestion de même facture a été formulée, dans ses *Rapports annuels*, par la Cour de cassation de manière à permettre la communication, à la demande de l'employeur, au bénéfice du praticien qu'il mandate à cet effet, du dossier constitué par le service du contrôle médical de l'organisme et adressé à l'expert médical dans les litiges portés devant les juridictions du contentieux général (*Rapport annuel* 2010, p. 24, *Rapport annuel* 2011, p. 26, *Rapport annuel* 2012, p. 44).

## § 2. Secret de l'identité des syndiqués en matière de preuve de l'existence d'une section syndicale

Comment un syndicat peut-il établir sa présence effective dans l'entreprise ? Au premier chef, en démontrant avoir des adhérents au sein de la structure. C'est pourquoi les textes de droit du travail ont toujours exigé que, pour exercer au sein de l'entreprise certaines prérogatives, un syndicat doive démontrer, entre autres, avoir créé au sein de celle-ci une section syndicale, c'est-à-dire un pôle de contacts entre le syndicat et ses adhérents.

La difficulté est qu'une telle démonstration, lorsqu'elle se fait en justice dans le cadre d'un contentieux, nécessite de faire connaître, de manière contradictoire, le nom des salariés de l'entreprise qui ont choisi d'adhérer au syndicat dont l'implantation est contestée. Or la partie adverse dans le contentieux est le plus souvent l'employeur, dont on peut craindre qu'il n'ait à l'égard des salariés dont il découvre l'adhésion syndicale une réaction négative.

Consciente de cette problématique importante, la chambre sociale avait, dans un premier temps, élaboré une jurisprudence permettant au syndicat, lorsqu'il établissait qu'il existait dans l'entreprise un « risque de représailles » envers les salariés syndiqués, de ne pas faire connaître à l'employeur, dans le cadre de la procédure judiciaire, le nom des adhérents qu'il revendiquait (Soc., 12 décembre 1990, pourvoi n° 89-60.811, *Bull.* 1990, V, n° 669). Cette jurisprudence, vécue comme une exception au principe de la contradiction, nécessitait cependant au préalable qu'il soit bien établi un risque de représailles, ce qui, outre la difficulté d'une telle preuve, transformait le litige d'une simple discussion sur une implantation syndicale en une procédure accusatoire vis-à-vis de l'employeur (J.-M. Verdier, « Secret et principe du contradictoire : la liberté syndicale en question ? À propos des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation des 12 janvier et 4 mai 1993 », *Dr. soc.* n° 11, novembre 1993, p. 866).

En 1997 (Soc., 27 mai 1997, pourvoi n° 96-60.239, *Bull.* 1997, V, n° 194), la chambre sociale a décidé de modifier cette jurisprudence et, estimant sans solution la question de la preuve contradictoire de l'existence d'adhérents syndicaux, a purement et simplement abandonné toute nécessité de preuve à cet égard : l'exercice d'une prérogative par un syndicat représentatif suffisait à démontrer l'existence d'une section syndicale.

Mais en 2008, la question a été rouverte par le législateur. La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail évoque à nouveau, en effet, la nécessité pour les syndicats de constituer une section syndicale en entreprise pour y exercer des prérogatives et précise que la création de la section syndicale est conditionnée à l'existence de « plusieurs adhérents » (article L. 2142-1 nouveau du code du travail : « Dès lors qu'ils ont plusieurs adhérents dans l'entreprise ou dans l'établissement, chaque syndicat qui y est représentatif, chaque syndicat affilié à une organisation représentative au niveau national et interprofessionnel ou chaque organisation syndicale qui satisfait aux critères de respect des valeurs républicaines et d'indépendance et est légalement constituée depuis au moins deux ans et dont le champ professionnel et géographique couvre l'entreprise concernée peut constituer au sein de l'entreprise ou de l'établissement une section syndicale qui assure la représentation des intérêts matériels et moraux de ses membres conformément à l'article L. 2131-1 »).

La jurisprudence a donc dû à nouveau s'interroger sur la possibilité de faire se concilier deux principes : le droit au secret de l'adhésion syndicale et le principe de la contradiction dans le procès.

Les acteurs, à l'unanimité, refusaient un retour à la jurisprudence connue sous le nom de « risque de représailles ». À l'unanimité également, ils considéraient comme inopportune la connaissance par toutes les parties au litige du nom des adhérents d'un syndicat. Avec l'évolution de la société et du droit, les employeurs eux-mêmes faisaient valoir que le fait qu'ait été porté à leur connaissance le nom des salariés syndiqués dans leur entreprise risquait de leur imposer une vigilance particulière pour éviter les suspicions de discrimination qui s'ensuivraient. Mais la loi était claire : l'exercice des prérogatives syndicales en entreprise d'une section syndicale nécessitait bien, en cas de contestation, de démontrer l'existence d'une section syndicale et donc d'adhérents. Dans un arrêt Okaïdi du 8 juillet 2009 (Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 09-60.011, *Bull.* 2009, V, n° 180), la chambre sociale a donc, de manière exceptionnelle, au visa de l'alinéa 6 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, de l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des

libertés fondamentales, de l'article 9 du code civil et des articles L. 2141-4, L. 2141-5 et L. 2142-1 du code du travail, décidé que : « En cas de contestation sur l'existence d'une section syndicale, le syndicat doit apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut prendre connaissance ».

Pour cette décision inhabituelle, la chambre sociale a pris appui sur la nécessaire protection de la vie privée du salarié, lequel, adhérent d'un syndicat, n'est absolument pas partie au litige qui oppose son syndicat à l'employeur ou à d'autres syndicats, et qui n'a donc pas à voir son nom révélé dans ce cadre. Le Bureau international du travail (BIT) a d'ailleurs à plusieurs reprises affirmé l'engagement syndical d'un salarié comme élément de sa vie personnelle. Dans ce cadre, la protection des droits individuels a justifié une dérogation exceptionnelle au principe de la contradiction, dérogation que la Cour de cassation rappelle constamment être limitée au strict nécessaire (voir, par exemple, Soc., 14 décembre 2010, pourvoi n° 10-60.137, *Bull.* 2010, V, n° 290) : le syndicat conserve la charge de prouver l'existence d'une section syndicale, par tous moyens, et de communiquer les documents de preuve au tribunal et aux autres parties. Mais, les éléments d'identification qui peuvent figurer sur ces documents doivent être rendus illisibles ou supprimés lors de la communication aux parties adverses.

Ce faisant, comme le souligne un auteur (M. Grévy, « Droit syndical dans l'entreprise : quand la Cour de cassation conjugue l'audace et le réalisme. Observations sur l'arrêt *Okaïdi* », *Rev. dr. trav.* n° 12, décembre 2009, p. 729 ; voir également J. Mouly, « La confidentialité de l'affiliation syndicale ou l'avènement, en droit interne, de la "vie privée professionnelle" », *D.* 2010, p. 282), la jurisprudence de la chambre sociale est en phase avec la jurisprudence européenne : « Le droit à un procès équitable, protégé par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et dont le principe du contradictoire est, dans le cadre de l'égalité des armes, le corollaire, implique que tous les éléments de preuve soient communiqués et débattus entre les parties. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que ce droit, qui n'est pas absolu, n'exclut pas un aménagement des règles probatoires afin de préserver les droits fondamentaux de tiers, parmi lesquels figure le droit au respect de la vie privée, également protégé par cette convention. Le rattachement de l'appartenance syndicale à la "vie personnelle" du salarié, sous le visa de l'article 9 du code civil, qui permet ainsi de justifier l'aménagement porté au principe du contradictoire, ne convainc cependant pas totalement tant la liberté d'adhérer à un syndicat relève de l'exercice d'une liberté publique. »

### Section 3 – Principe impératif de la contradiction en matière pénale

Pour la Cour européenne, le principe de la contradiction implique, d'une part, le droit pour une partie de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter (CEDH, 20 février 1996, *Lobo Machado c. Portugal*, requête n° 15764/89), d'autre part, que les éléments de preuve détenus par l'autorité de poursuite ainsi que ses réquisitions soient portés à la connaissance des autres parties et, enfin, que le juge ne fonde sa décision que sur des moyens de droit ou des éléments de preuve qui ont été discutés par les parties.

L'évolution de la jurisprudence de la chambre criminelle se caractérise par une prise en considération croissante des exigences des articles 6 § 1 de la Convention européenne et préliminaire du code de procédure pénale (voir, sur ce point, *Rapport annuel* 2010, p. 178 et s.), qui dispose que la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des parties.

S'agissant plus particulièrement de l'administration de la preuve, l'obligation de respecter le principe de la contradiction est régulièrement rappelée par la chambre criminelle. L'article 427, alinéa 2, du code de procédure pénale dispose, à cet égard, 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 » (voir, notamment, Crim., 20 novembre 1984, pourvoi n° 84-91.332, *Bull. crim.* 1984, n° 361). Le juge ne peut ainsi écarter une exception de procédure en se fondant sur des documents non soumis à la libre discussion des parties (Crim., 6 janvier 2010, pourvoi n° 09-84.503) ; il ne peut prononcer une peine en se fondant sur les pièces produites par le prévenu si elles n'ont pas été communiquées au ministère public et soumises au débat contradictoire (Crim., 5 janvier 2010, pourvoi n° 09-85.819).

Toutefois, si l'article 427 du code de procédure pénale impose au juge correctionnel de ne fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui, cette disposition n'exige pas que les pièces soient communiquées à la partie adverse avant l'audience des débats. Le juge doit faire assurer le respect du principe de la contradiction, et, le cas échéant, ordonner le renvoi de l'affaire à une audience ultérieure, si cela s'avère nécessaire pour permettre au ministère public et à l'ensemble des parties de prendre connaissance des pièces produites (Crim., 22 octobre 2003, pourvoi n° 02-88.388). La chambre criminelle censure avec constance les arrêts qui écartent des pièces produites aux débats au motif qu'elles auraient dû être communiquées à la partie adverse antérieurement à l'audience (Crim., 19 juin 1991, pourvoi n° 90-86.630, *Bull. crim.* 1991, n° 267). Encourt ainsi la censure l'arrêt qui écarte des débats des attestations produites par le prévenu au motif qu'elles n'ont pas été communiquées dans un temps permettant aux parties d'en prendre connaissance de façon à pouvoir les discuter contradictoirement lors de l'audience (Crim., 10 novembre 2004, pourvoi n° 03-87.628, *Bull. crim.* 2004, n° 285). Encourt également la censure l'arrêt qui écarte des débats des documents produits à l'audience par le conseil d'un prévenu au motif qu'ils n'ont pas

été remis préalablement au ministère public (Crim., 12 janvier 2005, pourvoi n° 04-81.982, *Bull. crim.* 2005, n° 17 ; Crim., 23 septembre 2009, pourvoi n° 09-80.707).

Le principe de la contradiction interdit, par ailleurs, aux juges, de fonder leur décision sur des éléments qui leur sont parvenus entre la fin de l'audience à laquelle ont eu lieu les débats et le prononcé de la décision. Pour la chambre criminelle, les juges ne peuvent, en effet, fonder leur décision que sur des preuves qui leur sont apportées au cours des débats et contradictoirement débattues devant eux (Crim., 20 mai 1992, pourvoi n° 91-84.297, *Bull. crim.* 1992, n° 201). Pour pouvoir prendre en compte un élément reçu entre la fin de l'audience à laquelle ont eu lieu les débats et le prononcé de la décision, les juges sont obligés d'ordonner la réouverture des débats.

---

[Contact](#) | [Questions fréquentes](#) | [Plan du site](#) | [Mentions légales](#) | [Mises en ligne récentes](#) | [Documents translated in 6 languages](#)

© Copyright Cour de cassation - Design Publicis Technology