

Université de Nice Sophia-Antipolis
Faculté de Droit et de science politique

INSTITUT D'ETUDES JUDICIAIRES

Epreuve de note de synthèse

Mercredi 16 septembre 2015

Les candidats rédigeront en 4 PAGES MAXIMUM une note de synthèse structurée autour d'un PLAN APPARENT du dossier ci-joint, sur le sujet suivant :

L'appréhension par un salarié de documents appartenant à son employeur

Liste des documents

Doc. 1 : Code pénal, articles 311-1 et 311-3

Doc. 2 : Crim. 8 janv. 1979, n° 77-93038, Bull. crim. n° 13

Doc. 3 : Crim. 8 déc. 1998, n° 97-83.318, Bull. crim. n° 336

Doc. 4 : Marc SEGONDS, « L'appropriation de documents par un salarié contre le gré de son employeur constitue un vol, quelle qu'en soit la destination », D. 2000. 120

Doc. 5 : Crim. 11 mai 2004, n° 03-80.254 et Crim. 11 mai 2004, n° 03-85.521, Droit pénal 2004, comm. 122, par Michel VÉRON

Doc. 6 : G. VERMELLE, Appréhension de documents par un salarié (erreur de droit et droits de la défense), RSC 2004 p. 866

Doc. 6 : Crim. 15 févr. 2005, n° 04-81.923

Doc. 7 : Crim. 10 mai 2005, n° 04-85.349, Bull. crim. n° 145

Doc. 8 : Marc SEGONDS, Un an de droit pénal du travail, Droit pénal n° 11, Novembre 2009, chron. 10 [extrait]

Doc. 9 : Elisabeth FORTIS, Justification de l'infraction et exercice des droits de la défense, note sous Crim. 9 juin 2009, RSC 2010, 128

Doc. 10 : Philippe CONTE, La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ?, Droit pénal 2009, étude 8

Doc. 11 : Marie-Christine SORDINO, Précisions sur le domaine du fait justificatif fondé sur les droits de la défense au profit du salarié, Droit pénal 2010, étude 6.

Doc. 12 : Crim. 16 juin 2011, n° 10-85.079, P+B+R+I, JCP éd. S 2011, 1450 note Stéphane Detraz

Doc. 13 : Guillaume BEAUSSONIE, Une appréhension électronique de documents par un salarié justifiée par l'exercice des droits de la défense, D. 2011, 2254

Doc. 14 : Crim. 21 juin 2011, n° 10-87.671, Droit pénal 2011, comm. 121, par Michel VÉRON

Doc. 15 : David DECHENAUD, « L'exercice des droits de la défense justifiant le vol de document commis par un salarié dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », RDLF 2012, chron. n°3 (www.revuedlf.com)

Doc. 16 : Crim. 25 nov. 2014, n° 13-84414, Gazette du Palais, 24 février 2015 n° 55, p. 39 note Stéphane DETRAZ

Doc. 17 : Code pénal, versions successives de l'article 323-3

Doc. 18 : Soc. 31 mars 2015, D. 2015. 1384, obs. Nathalie SABOTIER

Doc. 1 : Code pénal, articles 311-1 et 311-3

Article 311-1

Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui.

Article 311-3

Le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

Doc. 2 : Crim. 8 janv. 1979, n° 77-93038, Bull. crim. n° 13

LA COUR,

VU LES MEMOIRES PRODUITS EN DEMANDE ET EN DEFENSE ;

SUR LE MOYEN UNIQUE DE CASSATION, PRIS DE LA VIOLATION DES ARTICLES 379 ET 401 DU CODE PENAL, 593 DU CODE DE PROCEDURE PENALE, DEFAUT DE REPONSE AUX CONCLUSIONS D'APPEL, DEFAUT ET CONTRADICTION DE MOTIFS, MANQUE DE BASE LEGALE, " EN CE QUE L'ARRET ATTAQUE A DEBOUTE LA SOCIETE LOGABAX DE SON APPEL ; " AUX MOTIFS QUE LA DIRECTION DE L'ENTREPRISE A DECLARE QU'IL ETAIT NORMAL QUE SES EMPLOYES DETIENNENT PAR DEVERS EUX DES DOCUMENTS OU PHOTOCOPIES, QU'IL N'EST NULLEMENT DEMONTRE QUE X... EMPORTA CES PIECES A SON DOMICILE AVEC L'INTENTION DE SE LES APPROPRIER ET D'EN FAIRE USAGE ULTERIEUREMENT A L'OCCASION D'UNE PROCEDURE QUI N'ETAIT PAS ENCORE NEE ; QU'IL N'EST PAS D'AVANTAGE PROUVE QU'IL SE LES SERAIT APPROPRIEES LORS DE SON DEPART OU POSTERIEUREMENT, QU'EN L'ABSENCE D'UNE INTENTION FRAUDULEUSE CONCOMITANTE A L'APPREHENSION DES DOCUMENTS ET D'UNE SOUSTRACTION COMMISE CONTRE LE GRE DE LA SOCIETE LOGABAX, LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU DELIT DE VOL NE SE TROUVAIENT REUNIS EN L'ESPECE ;

" ALORS QUE LA DETENTION PUREMENT MATERIELLE, NON ACCOMPAGNEE D'UNE REMISE DE LA POSSESSION, N'EST PAS EXCLUSIVE DE L'APPREHENSION, QUI CONSTITUE UN DES ELEMENTS DU DELIT DE VOL ; " ALORS QU'EN L'ESPECE IL RESULTE DES ENONCIATIONS MEMES DE L'ARRET ATTAQUE QUE X... N'AVAIT QUE LA DETENTION MATERIELLE DES DOCUMENTS, QUE D'AILLEURS LE JUGEMENT DONT LES MOTIFS NON CONTRAIRES ONT ETE ADOPTES A CONSTATE QUE LE DIRECTEUR REGIONAL DE LA SOCIETE A PRECISE QUE LES EMPLOYES N'AVAIENT L'USAGE DES DOCUMENTS OU PHOTOCOPIES QU'A LA CONDITION QUE CEUX-CI NE SORTENT PAS DE L'ENTREPRISE, QU'ENFIN LES CONCLUSIONS D'APPEL ALLEQUAIENT, SANS ETRE CONTREDITES, UNE DETENTION PUREMENT MATERIELLE ; " ALORS QUE LA SOUSTRACTION CONTRE LE GRE DU PROPRIETAIRE S'EST REALISEE LORSQUE L'EMPLOYE A EMPORTE A SON DOMICILE LES DOCUMENTS DONT IL N'AVAIT QUE LA DETENTION MATERIELLE A L'INTERIEUR DE L'ENTREPRISE, QUE CETTE SOUSTRACTION SANS VOLONTE DE RETOUR EN A IMMEDIATEMENT OPERE L'APPROPRIATION CONCOMITANTE DE CETTE APPROPRIATION CONTRE LE GRE DU PROPRIETAIRE " ;

VU LESDITS ARTICLES ;

ATTENDU QUE LA DETENTION MATERIELLE D'UNE CHOSE NON ACCOMPAGNEE DE LA REMISE DE LA POSSESSION N'EST PAS EXCLUSIVE DE L'APPREHENSION QUI CONSTITUE L'UN DES ELEMENTS DU DELIT DE VOL ;

ATTENDU QU'IL RESULTE DES ENONCIATIONS DE L'ARRET ATTAQUE ET DE CELLES DU JUGEMENT DONT IL A ADOPTE LES MOTIFS NON CONTRAIRES QUE X..., INGENIEUR COMMERCIAL AU SERVICE DE LA SOCIETE LOGABAX ET QUI A ETE LICENCIE EN DECEMBRE 1975, A PRODUIT, AU COURS D'UNE INSTANCE L'OPPOSANT DEVANT LE CONSEIL DES PRUD'HOMMES A SON ANCIEN EMPLOYEUR, LES PHOTOCOPIES DE DEUX DOCUMENTS APPARTENANT A LADITE SOCIETE, DOCUMENTS QU'IL AVAIT ETE AMENE A DETENIR A L'OCCASION DE L'EXERCICE DE SES FONCTIONS ; QU'IL A ETE POURSUIVI, A RAISON DE CES FAITS, POUR SOUSTRACTION FRAUDULEUSE DE CES PHOTOCOPIES ; ATTENDU QUE, POUR RELAXER LE PREvenu DES FINS DE LA POURSUITE, LES JUGES DU FOND CONSTATENT QU'IL N'A PAS ETE ETABLI NI MEME SERIEUSEMENT SOUTENU PAR LA PARTIE CIVILE QUE LES PHOTOCOPIES EN CAUSE AIENT ETE ORIGINAIREMENT ET MATERIELLEMENT REALISEES PAR LES SERVICES ET POUR LES BESOINS DE LA SOCIETE LOGABAX ; QU'EN REVANCHE, X... AVAIT TOUTE LATITUDE POUR TIRER LUI-MEME CES PHOTOCOPIES ; QUE, DES LORS, ENONCENT LES JUGES, L'ON NE SAURAIT CONSIDERER QUE LE FAIT, PAR LE DETENTEUR D'UN DOCUMENT, D'EN EFFECTUER LA REPRODUCTION POUR EN FAIRE UN USAGE MEME ABUSIF, EST UN ACTE D'APPROPRIATION FRAUDULEUSE DE LA CHOSE D'AUTRUI CONSTITUTIF DU DELIT DE VOL ;

MAIS ATTENDU QUE PAR CES ENONCIATIONS, LES JUGES DU FOND, QUI N'ONT PAS DEDUIT DES CIRCONSTANCES PAR EUX EXPOSEES QU'EN PRENANT DES PHOTOCOPIES DES DOCUMENTS EN CAUSE A DES FINS PERSONNELLES, A L'INSU ET CONTRE LE GRE DU PROPRIETAIRE DE CES DOCUMENTS, LE PREvenu, QUI N'EN AVAIT QUE LA SIMPLE DETENTION MATERIELLE, LES AVAIT APPREHENDES FRAUDULEUSEMENT PENDANT LE TEMPS NECESSAIRE A LEUR REPRODUCTION, ONT MECONNU LE PRINCIPE RAPPELE CI-DESSUS ET N'ONT PAS DONNE UNE BASE LEGALE A LEUR DECISION ; QUE L'ARRET ENCOURT LA CASSATION DE CE CHEF ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE L'ARRET PRECITE DE LA COUR D'APPEL DE VERSAILLES DU 29 SEPTEMBRE 1977 (...)

Doc. 3 : Crim. 8 déc. 1998, n° 97-83.318, Bull. crim. n° 336

LA COUR,

Les moyens étant réunis ;

Vu les articles 379 ancien et 311-1 du Code pénal ;

Attendu que toute appropriation de la chose d'autrui, contre le gré de son propriétaire ou légitime détenteur, caractérise la soustraction frauduleuse constitutive de vol, quels que soient le mobile qui a inspiré son auteur et l'utilisation du bien appréhendé ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et du jugement qu'il confirme que, à la suite de l'entretien préalable à son licenciement, Akli X..., alors comptable au sein de l'AEU, a, dans le but de persuader l'employeur de ne pas le congédier, adressé à son supérieur hiérarchique un courrier dans lequel il contestait les griefs retenus contre lui, accompagné de photocopies de divers documents appartenant notamment à l'association, auxquels il avait accès dans l'exercice de ses fonctions ;

Que, pour relaxer le salarié du chef de vol, l'arrêt attaqué retient, par motifs propres et adoptés, que les informations figurant dans les documents reproduits, constitués de courriers administratifs de portée générale, n'ont aucune valeur marchande et que ces documents, outil de travail du prévenu, ont été communiqués aux seuls responsables de l'association ;

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus rappelé ;

D'où il suit que la cassation est encourue ;

Par ces motifs :

CASSE ET ANNULE, mais en ses seules dispositions civiles, l'arrêt de la cour d'appel de Douai, en date du 23 avril 1997, et pour qu'il soit à nouveau jugé conformément à la loi, dans les limites de la cassation ainsi prononcée,

RENVOIE la cause et les parties devant la cour d'appel d'Amiens.

Doc. 4 : Marc SEGONDS, « L'appropriation de documents par un salarié contre le gré de son employeur constitue un vol, quelle qu'en soit la destination », D. 2000. 120

Plus de quarante années se sont écoulées depuis le célèbre arrêt du 19 févr. 1959 (Cass. crim., 19 févr. 1959, D. 1959, Jur. p. 331, note G. Roujou de Boubée). A l'époque, à propos du vol dit « d'usage », les juges du fond s'étaient profondément divisés, la Cour de cassation elle-même avait laissé apparaître des contradictions internes tandis que la doctrine éprouvait la plus grande difficulté à parvenir à un point d'accord. L'Histoire - jurisprudentielle - se répète parfois. La répression du vol de documents « par photocopie » commis par un salarié afin de les produire lors d'une (future) instance prud'homale paraît susciter un émoi identique à celui provoqué par la répression du vol « d'usage ». Une fois encore, les juges du fait apparaissent profondément divisés, deux Chambres de la Cour de cassation, en l'occurrence la Chambre criminelle et la Chambre sociale, sont entrées en conflit et les solutions préconisées par la doctrine sont discordantes.

De prime abord, vol « d'usage » et vol « par photocopie » semblent correspondre à deux hypothèses très différentes. Certes, la solution consacrée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 19 févr. 1959 apparaît éloignée - pour ne pas dire indépendante - de celle retenue par les arrêts des 8 déc. 1998 et 16 mars 1999. En 1959, la Haute juridiction énonce que « s'il est vrai que la loi pénale n'atteint pas celui qui, sans l'autorisation du propriétaire, utilise même abusivement la chose d'autrui, il y a vol, au contraire, lorsque l'appréhension a lieu dans des circonstances telles qu'elle révèle [...] l'intention de se comporter, même momentanément, en propriétaire, et revêt ainsi les caractères de la soustraction frauduleuse [...] ». A compter de 1998, la même juridiction estime, et ce, au moyen de deux arrêts de cassation, que « toute appropriation de la chose d'autrui (ou - selon l'arrêt du 16 mars 1999 - appartenant à autrui), contre le gré de son propriétaire ou légitime détenteur, caractérise la soustraction frauduleuse constitutive de vol, quels que soient le mobile qui a inspiré son auteur et l'utilisation du bien appréhendé ».

Réflexion faite, il est possible de démontrer que le vol « d'usage » et le vol « par photocopie », en dépit de leur apparente différence, appartiennent au même genre, ou plus exactement que le vol « d'usage » constitue le genre tandis que le vol « par photocopie » constitue l'espèce et, par conséquent, que les problèmes suscités par la répression du vol « d'usage » et du vol « par photocopie » appellent des solutions communes ou, en tout état de cause, complémentaires. En effet, si l'on doit admettre que le vol « d'usage » correspond à l'hypothèse où l'agent s'empare momentanément de la chose d'autrui, dans un but bien déterminé et sans l'idée de la conserver (cf. G. Roujou de Boubée, *op. cit.*), l'on admettra également sans difficulté majeure que le vol « par photocopie » correspond à l'hypothèse où l'agent s'empare momentanément d'un document appartenant à autrui, dans le but de le photocopier, et sans l'idée de le conserver. Les éléments de définition du vol « d'usage » et du vol « par photocopie » révèlent ainsi que le premier constitue le genre tandis que le second constitue l'espèce. A raisonner de la sorte, se trouve ainsi parfaitement justifiée la généralité des termes de l'attendu de principe des arrêts des 8 déc. 1998 et 16 mars 1999. Au-delà du vol « par photocopie » se trouve ainsi très clairement énoncé que l'usage, ou l'utilisation si l'on s'en tient au vocabulaire de la Chambre criminelle, n'est pas un élément constitutif du vol. En se gardant bien de faire uniquement allusion à la technique de la photocopie, la Haute juridiction énonce un principe qu'il convient de méditer.

Ainsi que la doctrine l'avait déjà proposé à propos du vol « d'usage », l'expression vol « par photocopie » doit, elle aussi, être bannie du vocabulaire juridique. Parler de vol pour un usage ou de vol pour photocopier un document apparaît davantage conforme à la réalité. Le vol ne porte pas sur l'usage proprement dit de la même façon que l'action de photocopier un document ne peut constituer un *modus operandi* du vol (rapp. R. Marié, L'évolution de la jurisprudence en matière de vol par « photocopie », Dr. ouvrier 1998, p. 530).

Par ailleurs, à la lumière de la jurisprudence antérieure, l'on sait que la soustraction est constituée sans qu'il soit nécessaire de tenir compte de la brièveté de la possession de l'agent. Si l'on s'en tient à la reproduction par photocopie, l'appréhension du document pendant le temps nécessaire à la reproduction suffit à caractériser la soustraction (cf. Cass. crim., 8 janv. 1979, Bull. crim., n° 13 ; D. 1979, Jur. p. 509, note P. Corlay ; D. 1979, IR p. 182, obs. G. Roujou de Boubée). Le vol est bel et bien une infraction instantanée : le refus de prendre en considération l'utilisation de la chose appréhendée est conforme à ce caractère ; admettre l'inverse reviendrait à faire du vol une infraction continue. Reste à savoir si le refus de prendre en considération l'utilisation du bien ne risque pas de conduire à des conséquences excessives. En effet, si l'on s'en tient aux règles exposées, l'appréhension pendant le temps nécessaire à la reproduction par impression mais aussi par simple copiage suffit à caractériser la soustraction. Le mode de reproduction importe donc peu. Si l'on suit ce raisonnement, il faudrait également admettre que l'appréhension pendant le temps nécessaire... à la simple mémorisation suffirait à caractériser elle aussi la soustraction (cf. M.-L. Rassat, Droit pénal spécial, infractions des et contre les particuliers, Dalloz, 2e éd., 1999, p. 87, n° 80). Cet exemple de la sévérité excessive à laquelle conduirait la jurisprudence *Logabax* n'est en réalité guère convaincant. Pour écarter cet exemple, qui constitue une réelle objection, il ne suffit pas de relever que l'on est en présence d'une soustraction non matérielle (cf. J. Languier et P. Conte, Droit pénal des affaires, A. Colin, 9e éd., 1998, p. 87, n° 97) car la mémorisation accompagne l'appréhension du document. Il faut aller plus loin et accepter de se tourner vers l'élément psychologique du vol. L'on sait qu'il suffit pour constituer l'élément intentionnel du vol que l'agent ait eu l'intention d'usurper l'une des

prérogatives de la possession (cf. Cass. crim., 24 oct. 1990, Bull. crim., n° 355 ; Cah. soc. barreau de Paris 1991, A 17 ; RTD com. 1991, p. 474, obs. P. Bouzat ; Dr. pén. 1991, Comm. n° 11, obs. M. Véron). S'il faut admettre que la reproduction d'un document par photocopie, par impression ou par copie constitue une usurpation d'une prérogative indissociable du droit de propriété, il apparaît impossible de considérer que la simple faculté de mémoriser constitue une prérogative attachée à la possession. Contrairement à ce qui est affirmé par une partie de la doctrine, il existe donc bien une différence entre le fait de détenir un document le temps de le photocopier et le fait de le détenir le temps de l'apprendre par cœur (*contra* M.-L. Rassat, *op. cit.*). Au regard de l'élément psychologique de l'incrimination de vol, il ne s'agit point d'une usurpation d'une des prérogatives de la possession, il s'agit tout au plus d'un usage abusif... que la loi pénale n'atteint pas selon la formule consacrée par l'arrêt du 19 févr. 1959.

Selon la doctrine exprimée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, l'appropriation de la chose d'autrui contre le gré de son propriétaire ou légitime détenteur caractérise la soustraction frauduleuse constitutive de vol, quelle que soit l'utilisation du bien appréhendé mais également quel que soit le mobile qui a inspiré son auteur. La solution n'est pas nouvelle (cf. Cass. crim., 8 janv. 1992, Bull. crim., n° 5 ; D. 1992, IR p. 128 ; Dr. pén. 1992, Comm. n° 149, obs. M. Véron ; Rev. science crim. 1993, p. 311, obs. B. Bouloc ; Rev. science crim. 1993, p. 333, obs. P. Bouzat). Pourtant, en dépit de sa constance, elle ne semble guère convaincre les juges du fond singulièrement lorsque le prévenu soutient que les documents appréhendés et photocopiés l'ont été en vue d'être produits lors d'une instance prud'homale afin d'assurer sa défense. Nombreux sont les juges du fond qui, à ce jour, ont clairement pris position en faveur de la relaxe au motif pris de l'absence d'intention frauduleuse (CA Paris, ch. acc., 13 févr. 1996, Dr. ouvrier 1996, p. 464, note M.-F. Bied-Charreton ; CA Paris, 25 mars 1993, JCP 1993, IV, n° 2148 ; CA Versailles, 29 avr. 1994, Dr. ouvrier 1999, p. 35, note M.-F. Bied-Charreton ; Gaz. Pal. 1994, 2, Somm. p. 614 ; CA Paris, 12 févr. 1996, Dr. pén. 1996, Comm. n° 128, obs. M. Véron ; Rev. science crim. 1996, p. 863, obs. R. Ottenhof ; CA Versailles, 13 nov. 1997, Dr. ouvrier 1999, p. 36, note M.-F. Bied-Charreton ; CA Grenoble, 3 juin 1998, JCP 1999, IV, n° 1818 ; JCP éd. E 1999, p. 702 ; *contra* CA Limoges, 8 sept. 1998, Bull. inf. C. cass., 1er avr. 1999, n° 429). Exprimée par les arrêts des 8 déc. 1998 et du 16 mars 1999, la réaction de la Chambre criminelle de la Cour de cassation est dépourvue de toute ambiguïté : elle affirme à nouveau l'indifférence des mobiles en censurant la Cour d'appel de Douai et la Cour d'appel de Nouméa (comp. Cass. crim., 24 oct. 1990, préc.).

L'attitude de la Chambre criminelle peut sembler faire peu cas des droits de la défense. Surtout, elle apparaît en totale contradiction avec celle adoptée par la Chambre sociale qui a récemment estimé, par un arrêt de cassation rendu sous le visa de l'art. 1315 c. civ., que « le salarié [pouvait] produire en justice, pour assurer sa défense dans le procès qui l'oppose à son employeur, les documents de l'entreprise dont il a eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions » (cf. Cass. soc., 2 déc. 1998, Bull. civ. V, n° 535 ; D. 1999, Jur. p. 431, note H. Gaba et D. 2000, Somm. p. 87, obs. S. Frossard ; JCP 1999, II, n° 10166, note S. Bouretz). Animée du désir de concilier les solutions consacrées par les deux Chambres, une partie de la doctrine a proposé de reconnaître au bénéfice du salarié l'existence du « fait justificatif tiré des droits de la défense » fondée sur les dispositions de l'art. 122-4 c. pén. (cf. S. Bouretz, *op. cit.* ; rapp. H. Gaba, *op. cit.*). Si l'on prend garde de préciser que les arrêts invoqués à l'appui de ce raisonnement n'ont qu'une portée doctrinale très réduite - le premier est un arrêt de cassation prononcée pour défaut

de réponse à conclusions (cf. Cass. crim., 29 mai 1989, Bull. crim., n° 218), le second est un arrêt de rejet par lequel la Cour régulatrice s'en remet à l'appréciation souveraine par les juges du fond des faits et des circonstances de la cause (cf. Cass. crim., 18 oct. 1993, Bull. crim., n° 296) -, ce n'est qu'avec réserve que l'on admettra que les droits de la défense puissent justifier la commission d'une infraction (*contra* F. Desportes et F. Le Guehec, *Le nouveau droit pénal*, t. I, *Droit pénal général*, Economica, 6e éd., 1999, p. 569, n° 704) sauf, semble-t-il, à envisager l'état de nécessité. Le bénéfice de ce fait justificatif est-il susceptible d'être reconnu au profit du salarié qui ne possède d'autre issue pour rapporter la preuve de ses dires que de soustraire des documents appartenant à son employeur ? Rien n'est moins sûr car il n'est pas certain que le vol commis par le salarié au détriment de son employeur afin de se ménager une preuve lors d'une instance prud'homale soit nécessairement le seul moyen qui s'offre à lui pour préserver ses intérêts. Ne doit-on pas notamment songer à faire application des dispositions de l'art. 145 NCPC selon lequel « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé » ?

Une dernière remarque pour conclure. En vertu d'une jurisprudence constante, rendue sous le visa de l'art. 9 NCPC, la Chambre sociale refuse d'admettre la recevabilité des modes de preuve obtenus de façon illicite par l'employeur. A l'inverse, la Chambre criminelle admet la production devant le juge répressif de tous les éléments de preuve rapportés par le plaignant ou la partie civile quand bien même les preuves ainsi produites l'auraient été en usant de procédés illicites ou infractionnels. Faisant peu cas du principe de loyauté, cette dernière jurisprudence est pour le moins critiquable. Elle l'est tout autant que la nouvelle jurisprudence inaugurée par la Chambre sociale qui admet désormais la recevabilité des modes de preuve obtenus de façon illicite par le salarié sous le seul visa de l'art. 1315 c. civ. et dans l'ignorance de l'art. 9 NCPC. De ce point de vue, la Chambre criminelle et la Chambre sociale ne méritent pas d'être opposées : elles méritent seulement d'être renvoyées dos à dos.

Doc. 5 : Crim. 11 mai 2004, n° 03-80.254 et Crim. 11 mai 2004, n° 03-85.521, Droit pénal 2004, comm. 122, par Michel VÉRON

Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-80.254, (...)

Vu les articles 122-3 du Code pénal, 593 du Code de procédure pénale, ensemble le principe du respect des droits de la défense ;

Attendu que, pour bénéficier de la cause d'irresponsabilité prévue par le premier de ces textes, la personne poursuivie doit justifier avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir le fait reproché ;

Attendu que tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que la société Établissements Paumier et fils a porté plainte et s'est constituée partie civile contre Fabienne H., reprochant à cette dernière d'avoir

soustrait par photocopie des documents qui appartenait à l'entreprise et qu'elle a produits devant le conseil des prud'hommes, dans le cadre de l'instance l'opposant à son employeur ;
Attendu que, pour relaxer la prévenue, l'arrêt attaqué retient que celle-ci est fondée à invoquer l'erreur sur le droit, au motif que, si la chambre criminelle de cette juridiction considère que de tels agissements, quel qu'en soit le mobile, sont constitutifs de vol, Fabienne H. a pu croire à la licéité de son action dès lors que la chambre sociale reconnaît le droit pour un salarié de produire en justice, en vue d'assurer sa défense dans le procès qui l'oppose à son employeur devant le juge prud'homal, les documents de l'entreprise dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions ;

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, les juges ont fait une fausse application de l'article 122-3 du Code pénal et n'ont, pour le surplus, pas donné de base légale à leur décision ;

Que, d'une part, l'erreur de droit n'était pas invincible ;

Que, d'autre part, les juges n'ont pas recherché, comme ils le devaient, si les documents dont s'agit étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense de la prévenue dans le litige l'opposant à son employeur ;

D'où il suit que la cassation est encourue ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu d'examiner le premier moyen de cassation proposé ;

Casse et annule en toutes ses dispositions l'arrêt susvisé de la Cour d'appel de Rouen en date du 18 décembre 2002 et pour qu'il soit jugé à nouveau conformément à la loi,

(...)

Cass. crim., R, 11 mai 2004, n° 03-85.521,

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que Liliane C. a également été renvoyée devant la juridiction correctionnelle pour avoir frauduleusement soustrait deux bulletins de paie et la photocopie de divers documents appartenant à l'entreprise qui l'employait en qualité de comptable et qui avait décidé de la licencier ;

Attendu que, pour renvoyer la prévenue des fins de la poursuite, l'arrêt prononce par les motifs reproduits au moyen ;

Attendu qu'en l'état de ces motifs, dont il se déduit que les documents de l'entreprise dont la prévenue avait eu connaissance à l'occasion de ses fonctions et qu'elle a appréhendés ou reproduits sans l'autorisation de son employeur étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à ce dernier, la cour d'appel a justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen doit être écarté ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

REJETTE le pourvoi ;

(...)

Note :

Ces deux arrêts de la Cour de cassation rendus le même jour s'inscrivent dans un contexte aujourd'hui assez bien fourni. Lorsqu'un litige oppose un employeur et un salarié, celui-ci produit très fréquemment des documents appartenant à son employeur pour justifier son comportement et contester les fautes qui lui sont reprochées. L'employeur riposte en portant plainte pour vol contre son salarié. Tel était le cas dans les deux affaires soumises à la Cour de cassation. Dans les deux cas, les cours d'appel avaient relaxé les prévenues, mais pour des motifs différents, et débouté les parties civiles de leurs demandes. Celles-ci avaient donc formé des pourvois contre leurs décisions. Le premier arrêt de la Cour de cassation en date du 11 mai

2004 censure la cour d'appel tandis que le second arrêt rejette le pourvoi. Faisons donc le point sur la question.

Au cours de la dernière décennie, les juges du fond ont fait assez souvent preuve de bienveillance à l'égard de salariés poursuivis pour vol dans un tel contexte. En revanche, la chambre criminelle de la Cour de cassation a strictement maintenu le principe selon lequel il y a soustraction punissable « quels que soient le mobile qui a inspiré son auteur et l'utilisation du bien appréhendé (*Cass. crim.*, 8 déc. 1998 : *Bull. crim.* 1998, n° 336 ; *Dr. pén.* 1999, *comm.* 67 ; *D.* 2000, p. 87, *note S. Frossard* ; *Rev. sc. crim.* 1999, p. 822, *obs. R. Ottenhof.* - *Cass. crim.*, 24 avr. 2001 : *Bull. crim.* 2001, n° 98 ; *Dr. pén.* 2001, *comm.* 114). Elle a donc systématiquement jugé que le salarié qui produit, en original ou en photocopie, des documents appartenant à son employeur dans le procès qui les oppose, commet une soustraction constitutive de vol.

Mais, de son côté, la chambre sociale a considéré qu'un salarié pouvait légitimement photocopier et produire en justice des documents appartenant à son employeur dans le procès qui les oppose (*Cass. soc.*, 2 déc. 1998 : *JCP G* 1999, II, 10116, *note S. Bouretz* ; *D.* 1999, *jurispr.* p. 431, *note H. Gaba*). Cette contrariété d'appréciation avait conduit la Cour d'appel de Paris à faire droit à l'argument présenté par un salarié poursuivi pour vol et qui se justifiait en invoquant l'erreur de droit qui en résultait (*CA Paris*, 9 nov. 2000 : *D.* 2001, *somm.* p. 2345, *obs. B. de Lamy* ; *JCP G* 2001, I, 1346). Cet argument a été repris dans la première affaire par la salariée poursuivie et accepté par la Cour d'appel de Rouen qui la relaxa. Mais, la chambre criminelle censura sa décision en affirmant qu'une telle erreur de droit n'était pas invincible, caractère exigé par l'article 122-3 du Code pénal. Mais, cette sévérité apparente est immédiatement tempérée par la chambre criminelle qui reprocha en outre à la cour d'appel de n'avoir pas recherché si les documents contestés n'étaient pas strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense de la prévenue dans le litige l'opposant à son employeur.

Il est évident que, dans un tel litige, seuls les documents de travail établis par les salariés, mais appartenant à leur employeur, permettent d'apporter la preuve des faits et des arguments invoqués par chaque partie au soutien de sa position. Admettre que seul l'employeur peut en disposer et condamner pour vol le salarié qui les produirait paraît évidemment contraire à l'égalité des parties.

Dans la seconde affaire, la cour d'appel avait relaxé la salariée poursuivie pour vol au motif qu'en produisant les documents contestés, elle n'avait été animée par aucune intention de porter atteinte à la propriété de son employeur, mais seulement par celle de préserver légitimement des preuves et de les faire valoir dans le cadre de l'instance prud'homale. Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation énonce de façon plus précise, dans une formule qui vaut énoncé d'un principe, qu'il se déduisait des constatations de la cour d'appel que les documents appréhendés et reproduits sans autorisation de l'employeur « étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense » de la salariée. Cette solution est parfaitement justifiée mais doit conduire les juges du fond à vérifier si les documents produits et contestés par l'employeur sont effectivement « strictement nécessaires » à l'exercice des droits de la défense des salariés. On retrouve ici l'admission d'un fait justificatif fondé sur l'exercice des droits de la défense déjà reconnu en d'autres domaines, par exemple au profit du journaliste qui apporte la preuve de la vérité des imputations diffamatoires qui lui sont reprochées à l'aide de documents obtenus par recel de violation du secret de l'instruction (*Cass. crim.*, 11 juin 2002 : *Bull. crim.* 2002, n° 132 ;

Dr. pén. 2002, comm. 135 ; Gaz. Pal. 2002, p. 1745, note Y. Monnet ; Rev. sc. crim. 2002, p. 619, obs. J. Francillon et p. 881, obs J.-F. Renucci).

Doc. 6 : G. VERMELLE, Appréhension de documents par un salarié (erreur de droit et droits de la défense), RSC 2004 p. 866

La situation est connue, mais les éléments juridiques restent discutés. Le salarié d'une entreprise est opposé à son employeur, notamment sur la question de son licenciement. Pour développer ses arguments dans l'instance prud'homale, le salarié produit des copies de documents liés à son activité professionnelle. Poursuivi pour vol, il entend alors solliciter sa relaxe.

Face à la position traditionnelle de la Chambre criminelle, selon laquelle de tels agissements, quel qu'en soit le mobile, sont constitutifs de vol, une défense fondée sur une erreur sur le droit a été élaborée. Cette cause d'irresponsabilité pénale, prévue par l'article 122-3 du code pénal, a été extraite de la solution de la chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. soc. 2 déc. 1998, D. 1999, p. 431, note Gaba) reconnaissant le droit pour un salarié de produire en justice, en vue d'assurer sa défense dans le procès qu'il l'oppose à son employeur devant le juge prud'homal, les documents de l'entreprise dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions. En raison de l'architecture de la jurisprudence contradictoire relative à sa situation, le salarié peut donc croire à la licéité de son comportement. Ce raisonnement a été reçu avec succès par des juges du fond (par ex., Cass. crim. 19 mars 1997, Dr. pén. 1997, comm. 107, 2e arrêt, obs. Véron ; cette Revue 1997.827, obs. Bouloc ; Paris, 9 nov. 2000, D. 2001.Somm. p. 2345, obs. B. de Lamy).

Ce sont les mêmes arguments qui avaient été repris par une Cour d'appel dans la première affaire (arrêt n° 03-85.254). D'abord, la force des dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme en application duquel tout citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants sur les normes juridiques applicables à ses actes, c'est-à-dire des règles suffisamment précises et constantes lui permettant de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Ensuite, la position trop rigoureuse de la Chambre criminelle, critiquée par une doctrine en ce que retenir le vol, dans ces circonstances, a pour résultat de sanctionner pénalement l'exercice par le salarié de ses droits de la défense. Puis, des solutions opposées de certaines cours d'appel considérant qu'il n'y a pas d'intention frauduleuse lorsque le salarié a simplement voulu se procurer les éléments de son argumentation devant la juridiction prud'homale. Enfin, la décision de la chambre sociale de la Cour de cassation ayant reconnu le droit d'un salarié de produire en justice, pour assurer sa défense dans le procès qui l'oppose à son employeur devant le juge prud'homal, les documents de l'entreprise dont il a connaissance à l'occasion de ses fonctions. Mais ces arguments n'ont pas prospéré devant la Chambre criminelle qui leur apporte une double réponse laissant néanmoins entrevoir une solution plus favorable au salarié.

D'une part, le défaut d'une condition. L'erreur de droit, en l'espèce, n'était pas invincible. Or, selon l'article 122-3, l'intéressé doit avoir été victime d'une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter. D'autre part, l'insuffisance de la motivation. Les juges n'ont pas recherché si les documents considérés étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense du prévenu dans le litige l'opposant à l'employeur. On en déduira que si l'erreur de droit est, pour lui, insurmontable ou que les documents sont strictement nécessaires à ses droits de la défense, le salarié peut bénéficier de la cause d'irresponsabilité.

Cette attention de la Chambre criminelle au maintien, sur ces deux points, d'une conception

stricte de l'irresponsabilité pénale n'est pas étonnante. Selon la loi, l'erreur de droit efficiente doit être inévitable. Et, pour la jurisprudence, combinant le respect des droits de la défense et les règles de l'état de nécessité, un acte normalement répréhensible n'est licite que s'il est limité aux strictes exigences de la défense (V. not., en matière de révélation de faits couverts par le secret professionnel, Douai, 26 oct. 1951, Gaz. Pal. 1951.2.425). Il ne serait pas souhaitable que la Cour de cassation en revienne à une jurisprudence rejetant excessivement l'erreur de droit. Non pas en l'excluant par principe. Elle ne le peut plus aujourd'hui. Mais en la soumettant à des conditions d'existence tellement étroites qu'elle n'y verrait jamais son établissement. Au motif, notamment, que, dans les faits, son invincibilité ferait défaut. Dans cette affaire, le conseil du prévenu n'aurait pas été assez précis sur les frontières existant, pour les documents incriminés, entre la soustraction frauduleuse et reproduction autorisée (mais l'avis donné par un professionnel du droit n'est pas nécessairement source d'invincibilité de l'erreur : Cass. crim. 7 janv. 2004, Bull. n° 5). Ou bien il n'aurait pas été assez imaginatif en négligeant les actions en justice rendant différemment possible le développement de la même défense en saisissant le juge d'une demande de production de pièces (sur ces voies procédurales susceptibles d'être suivies, V. note Carole Girault, précitée). Par ailleurs, la fonction exclusive de responsabilité pénale de l'erreur de droit doit, à peine de dénaturation de cette circonstance, demeurer véritablement exceptionnelle.

En vérité, on peut désormais éviter de plonger la question dans l'incertitude de l'erreur de droit. Le même jour, en effet, dans une affaire semblable de poursuite pour vol de documents professionnels, la Chambre criminelle de la Cour de cassation (arrêt n° 03-85.521) rend plus claires, sinon plus faciles, les solutions. D'une part, elle rappelle qu'un instrument de travail personnel (en l'occurrence un cahier destiné au calcul de la taxe sur la valeur ajoutée) ne constitue pas un document de l'entreprise et ne peut donc être considéré comme la chose d'autrui susceptible d'une soustraction frauduleuse. D'autre part, elle juge expressément que le vol ne peut être retenu lorsque l'appréhension et la reproduction par un salarié, sans autorisation, de documents de l'entreprise dont il avait eu connaissance à l'occasion de ses fonctions étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur. La Cour de cassation n'apporte pas d'autres fondements sinon la référence aux motifs de la décision des juges du fond. Ces derniers avaient justifié leur position au regard de l'intention du prévenu. Celle-ci n'était autre que celle de se préserver légitimement des preuves et de les faire valoir dans le cadre de l'instance prud'homale l'opposant à son employeur et non de porter atteinte à la propriété, de nuire ou de porter préjudice. Toutefois, la Chambre criminelle limite sagement son dispositif aux droits de la défense sans faire référence à l'existence ou l'inexistence de cette intention.

Ce fait justificatif tenant à l'exercice des droits de la défense, transcendant les causes légales de justification, est tiré des principes généraux du droit. Il apparaît comme étant autonome. Ce n'est pas une application pure et simple, mais édulcorée de l'état de nécessité. La référence au caractère « strictement nécessaire » veut simplement dire que l'exercice des droits de la défense, par la maîtrise de documents d'entreprise, n'est justifiant qu'à défaut d'autre moyen, par le salarié, de préserver ses droits. Ce moyen, exclusif de tout autre, est le point commun entre l'exercice des droits de la défense et l'acte nécessaire. Contrairement, en effet, à l'état de nécessité, le danger, s'il existe, n'est pas imminent et la faute préalable du salarié (*a priori* en cause) ne le prive pas du droit d'exercer légitimement sa défense.

En théorie, l'exercice des droits de la défense, principe fondamental dans l'ordre procédural, apparaît, en droit pénal, comme un fait justificatif non écrit et général. Mais en pratique, il présente un caractère spécial dans la mesure où il ne sera amené à jouer que dans des hypothèses particulières de productions de pièces ou d'informations qui, d'ordinaire, seraient constitutives

d'infractions. Les qualifications pénales qui seront exclues seront donc, en fait, des appréhensions (vol) des révélations (violation du secret professionnel) ou des détentions (recel de violation du secret professionnel). En toute hypothèse, il est accueilli par la Cour de cassation (Cass. crim. 20 déc. 1967, Bull. crim. n° 338 ; D 1969.309, note E. Lepointe et, récemment, 11 juin 2002, Bull. crim. n° 132, JCP 2003.II, note E. Dreyer, Dr. pén. 2002, p. 135, obs. Véron ; cette Revue 2002.619, obs. J. Francillon et 881, obs. Renucci, 2003, p. 93, obs. B. Bouloc). Le règlement pénal de cette difficulté relative au salarié s'emparant de documents d'entreprise pour se défendre en justice est donc susceptible de mettre en jeu des notions fuyantes : intention, mobile, erreur de droit, état de nécessité, droits de la défense, armes procédurales, etc.

Au total, la comparaison et la complémentarité de ces deux décisions conduit donc à inviter le salarié, tenu de produire en justice un document de l'entreprise, à emprunter une voie de procédure utile. Prévenu de vol en tant que détenteur de documents de l'entreprise qu'il a appréhendés en qualité d'adversaire de son employeur dans un litige prud'homal, ses arguments paraissent devoir être développés sur le seul terrain des droits de sa défense dès lors que les pièces incriminées sont strictement nécessaires (mais la condition devra être interprétée) à l'exercice de ces derniers.

Doc. 7 : Crim. 15 févr. 2005, n° 04-81.923

- Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué qu'Yvette P. a été renvoyée devant la juridiction correctionnelle pour avoir frauduleusement soustrait au préjudice de la société Louis Mousset qui l'employait, des documents relatifs à un contrôle du service de la répression des fraudes ainsi qu'une convocation devant le conseil des prud'hommes concernant un autre salarié ;
 - Attendu que, pour renvoyer la prévenue des fins de la poursuite, l'arrêt prononce par les motifs repris au moyen ;
 - Attendu qu'en l'état de ces constatations et énonciations procédant d'une appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause dont elle a déduit que les documents de l'entreprise que la prévenue a appréhendés et reproduits sans l'autorisation de l'employeur étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à ce dernier, la cour d'appel, abstraction faite de motifs erronés mais non déterminants relatifs à l'erreur de droit, a justifié sa décision ;
D'où il suit que le moyen doit être écarté ;
 - Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;
- Rejette le pourvoi ;

Doc. 8 : Crim. 10 mai 2005, n° 04-85.349, Bull. crim. n° 145

(...) Vu les mémoires personnels produits, commun aux demandeurs ;

- Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure qu'au cours d'une instance prud'homale l'opposant à la société Établissements Henri Bossonet, son employeur, Egidio N., représenté par Vincent M., délégué syndical, a versé aux débats l'exemplaire d'une lettre déchirée et reconstituée que le chef d'entreprise avait jetée dans sa corbeille à papier ; qu'à

l'issue de l'information ouverte sur la plainte de la personne morale, Egidio N. et Vincent M. ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel pour avoir sciemment recelé un courrier qu'ils savaient provenir d'un vol ; que les premiers juges, après avoir exposé que Vincent M. s'était fait remettre ce document par un tiers dont il refusait d'indiquer l'identité et l'avait produit en justice avec l'accord d'Egidio N., ont renvoyé les prévenus des fins de la poursuite au motif que le fait d'avoir jeté le courrier dans la poubelle suffit à caractériser de façon certaine la volonté d'abandon du propriétaire, de sorte que celui qui a récupéré la lettre et se l'est appropriée n'a pas commis de vol ;

- Attendu que, saisie du seul appel de la société Etablissements Bossonet, la cour d'appel a infirmé la décision entreprise en ce qu'elle avait débouté la partie civile ;

En cet état :

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des articles 311-1 du Code pénal, 591 et 593 du Code de procédure pénale ;

- Attendu que, pour écarter l'argumentation des prévenus soutenant que, la lettre litigieuse ayant été abandonnée par son propriétaire, elle n'avait pu faire l'objet d'une appréhension frauduleuse et partant d'un recel, l'arrêt énonce que l'auteur non identifié du vol "a eu l'intention arrêtée de s'approprier des chutes de la lettre en cause à l'insu de leur légitime propriétaire qui n'a aucunement consenti par avance de façon implicite à ce qu'elles soient interceptées et subtilisées par des mains non autorisées" ;

- Attendu qu'en prononçant ainsi, les juges du second degré, qui ont souverainement apprécié qu'il n'y avait pas eu abandon volontaire de la chose par son propriétaire, ont justifié leur décision ;

D'où il suit que le moyen qui, en sa troisième branche, manque en fait, ne saurait, pour le surplus, être admis ;

Sur le deuxième moyen de cassation, pris de la violation des articles 321-1 du Code pénal et 593 du Code de procédure pénale ;

Sur le troisième moyen de cassation, pris de la violation de l'article 122-3 du Code pénal ;

Les moyens étant réunis ;

- Attendu que, pour dire établis les faits de recel visés aux poursuites, l'arrêt retient que les circonstances de l'appréhension des morceaux de lettre par leur voleur excluent qu'Egidio N. et Vincent M. aient pu les posséder de bonne foi, ceux-ci ayant eu nécessairement connaissance de leur soustraction frauduleuse ;

- Attendu qu'en prononçant ainsi, la cour d'appel, qui a, à bon droit écarté l'erreur de droit invoquée par les prévenus, a justifié sa décision ;

D'où il suit que les moyens doivent être écartés ;

Sur le quatrième moyen de cassation, pris de la violation des articles 1315 du Code civil, 9 du nouveau Code de procédure civile, 591 du Code de procédure pénale ;

- Attendu qu'il ne résulte d'aucune des mentions de l'arrêt attaqué ni d'aucunes conclusions déposées, que les demandeurs aient soutenu devant les juges du fond que la production de la lettre litigieuse était strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'Egidio N. dans le litige l'opposant à la société Etablissements Henri Bossonet ;

D'où il suit que le moyen est nouveau, et, comme tel, irrecevable ;

- Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

Rejette les pourvois ;

Doc. 9 : Elisabeth FORTIS, Justification de l'infraction et exercice des droits de la défense, note sous Crim. 9 juin 2009, RSC 2010, 128

(...)

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure que la société des Transports Lambert a fait citer directement devant le tribunal correctionnel Philippe R., pour diffamation et vol ; qu'elle reprochait de ce dernier chef à cet ancien chauffeur d'avoir, alors qu'il était entendu par la gendarmerie sur des faits de diffamation envers son employeur, produit la photocopie de deux lettres de voiture destinées à établir les carences de cette entreprise de transports dans la protection contre le risque de vol des marchandises qui lui étaient confiées ; que les premiers juges ont renvoyé le prévenu des fins de la poursuite et débouté la partie civile de ses demandes ;

Attendu que, pour infirmer le jugement entrepris, sur les appels du ministère public et de la partie civile, et déclarer le prévenu coupable de vol, l'arrêt retient que ce dernier a remis les photocopies litigieuses, non pour assurer sa défense dans un litige prud'homal, mais lors de son audition par les gendarmes sur la plainte déposée contre lui pour diffamation par la société des transports Lambert, pour tenter de prouver la vérité des faits qu'il avait imputés à son employeur ;

Attendu qu'en l'état de tels motifs, exempts d'insuffisance comme de contradiction, la cour d'appel a caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit dont elle a déclaré le prévenu coupable et a ainsi justifié l'allocation au profit de la partie civile de l'indemnité propre à réparer le préjudice en découlant ;

D'où il suit que le moyen ne saurait être admis ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

Rejette le pourvoi ;

(...)

Note :

L'administration de la preuve d'une infraction par les particuliers peut se faire par des moyens illicites ou déloyaux. Au cas où les éléments de preuve ont eux-mêmes été obtenus par la commission d'une autre infraction pénale, cette infraction peut en principe être poursuivie. Il existe néanmoins une limite possible à ces poursuites sous la forme d'une cause de justification constituée par l'exercice des droits de la défense. Quelles sont alors les conditions d'acceptation de cette justification ? L'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 9 juin 2009 vient les préciser. Dans cette espèce, un chauffeur routier, salarié d'une entreprise de transport, avait produit la photocopie de deux lettres de voiture lors de son audition par les gendarmes, suite à la plainte pour diffamation déposée par son employeur. En effet, le salarié avait dénoncé auprès des clients et de l'assureur de l'entreprise les carences de celle-ci dans la protection contre le risque de vol des marchandises qui lui étaient confiées : il considérait alors que la photocopie produite permettait de prouver que les faits qu'il imputait au transporteur étaient avérés. L'entreprise cita directement le salarié devant le tribunal correctionnel pour diffamation et vol. L'action publique étant prescrite sur la diffamation, les juges du premier degré relaxèrent le salarié pour vol mais il fut condamné en appel. La cour d'appel refusa de retenir la cause d'irresponsabilité fondée sur l'exercice des droits de la défense invoquée par le salarié. Elle souligna que la remise des photocopies aux gendarmes n'avait pas pour finalité d'assurer la défense du salarié dans le cadre

d'un litige prud'homal mais de tenter de prouver que les faits qu'il imputait à son employeur sur l'absence de sécurité des transports étaient réels. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel.

Par cette décision, la Cour de cassation, en posant certaines conditions à la justification invoquée, vient donc en limiter la portée. On sait que cette cause d'irresponsabilité est invoquée quand une infraction a été commise pour se procurer une preuve utilisée dans une instance civile, prud'homale ou pénale ou pour se défendre d'une accusation. Cette jurisprudence a pris naissance dans le contentieux de la violation du secret professionnel reprochée à un médecin ou un avocat par exemple, mis en cause par un client ou un patient (V. E. Fortis, L'influence de certaines règles de la procédure pénale sur l'existence de l'infraction, *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 329). Elle s'applique en matière de recel invoqué à l'occasion de poursuites pour diffamation publique d'un journaliste. Lorsque celui-ci verse aux débats plusieurs copies de pièces couvertes par le secret de l'instruction pour se défendre dans l'instance en diffamation, les poursuites pour recel ne peuvent prospérer (Crim. 11 juin 2002, Dr. pénal, 2002, n° 135). Il a été ensuite décidé que le salarié qui a appréhendé ou reproduit sans autorisation de l'employeur les documents de l'entreprise dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions, ne peut être sanctionné pour vol lorsque les documents sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur, en l'occurrence une instance en licenciement (Crim. 11 mai 2004, 2 arrêts, D. 2004. Jur. 2326, note H. K. Gaba ; cette Revue 2004. 866, obs. G. Vermelle). L'arrêt rendu le 9 juin 2009 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation se situe dans ce dernier contexte d'un litige opposant un employeur à son salarié. Cependant, la Haute juridiction adopte une solution différente de celle retenue en 2004 au motif que la remise des documents n'avait pas pour finalité d'assurer la défense du salarié dans le cadre d'un litige prud'homal, puisqu'il s'agissait en l'occurrence d'une accusation de diffamation portée par l'employeur contre son salarié.

À vrai dire, cette limite à l'utilisation de la cause de justification tenant à la nature du contentieux existant entre employeur et salarié s'explique difficilement. On pourrait d'abord soutenir que la justification ne joue que si la commission de l'infraction pénale sert seulement à se constituer une preuve pour un autre litige et non pour se défendre d'une accusation. Or, la Cour de cassation n'a jamais opéré de distinction entre ces deux objectifs puisque la justification a déjà été appliquée dans le cadre de poursuites pénales pour diffamation (Crim. 11 juin 2002, préc.) et paraît particulièrement s'imposer dans un tel cas. Le second argument peut relever des relations employeur/salarié. Alors que dans les arrêts précités du 11 mai 2004, l'appréhension des documents par le salarié permettait sa défense dans l'instance en licenciement, l'arrêt commenté paraît sanctionner un comportement déloyal du salarié à l'égard de l'employeur et ne pas prendre en compte le contexte procédural. Or, la plainte en diffamation déposée par l'employeur contre le salarié constituait bien un contentieux entre eux deux susceptible de mettre en oeuvre la cause de justification fondée sur les droits de la défense. Alors, la dernière question qui peut être posée est le moment où les droits de la défense sont considérés comme existants et pouvant être exercés dans la procédure. Dans l'espèce commentée, la production des pièces litigieuses avait été faite lors d'une audition consécutive à la plainte déposée par l'employeur. Même si les droits de la défense s'appliquent non seulement au stade du jugement

mais aussi dans la phase préparatoire à celui-ci c'est seulement d'une part si la personne se trouve accusée et d'autre part « dans la mesure où leur inobservation initiale risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès » (CEDH 24 nov. 1993 *Imbroscia c/ Suisse*). Or, le salarié n'avait pas été placé en garde à vue mais avait fait l'objet d'une simple audition. La détermination du moment de la naissance des droits de la défense se posait donc avant toute autre question.

Doc. 10 : Philippe CONTE, « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », Droit pénal 2009, étude 8

Sommaire

La question de l'administration d'une preuve obtenue dans des conditions illicites ou déloyales est débattue depuis des années, suscitant des réponses divergentes de la part des différentes chambres de la Cour de cassation. Une décision de la chambre criminelle pourrait tracer une voie originale pour résoudre la difficulté. Mais on ne saurait méconnaître que celle-ci ne se pose plus nécessairement de la même manière en raison des nouvelles finalités du procès pénal, telles que redessinées sous l'influence de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

1. - En admettant, depuis plusieurs années, la possibilité que des pièces d'origine déloyale ou illicite soient administrées dans un dossier pénal, la chambre criminelle de la Cour de cassation veut privilégier à n'en pas douter la découverte de la vérité.

Or cette volonté suggère deux types d'interrogations : la première est celle de savoir dans quelle mesure cet objectif est toujours pertinent au regard du conflit de cultures juridiques que provoque la rencontre de notre procédure avec le modèle que promeut la Cour européenne des droits de l'homme (1). La seconde est de discerner, dans ce prolongement, si la position traditionnelle de la chambre criminelle quant à la question des preuves d'origine irrégulière (2) n'est pas en train d'évoluer ; elle paraît vouloir la régler sans faire appel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ce qui la singulariserait par rapport aux autres formations de la Cour de cassation : un point de passage entre la procédure pénale et le droit pénal permettrait, à lui seul, de rendre recevable une preuve que, jusqu'alors, on considérait comme déloyale ou illicite (3).

1. Procès pénal et découverte de la vérité

2. - Dans le débat houleux que suscite l'admission de preuves déloyales voire illicites, il n'est pas certain que l'objectif de découverte de la vérité soit un argument aussi puissant que naguère : sous l'influence, en effet, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'enjeu ne paraît plus pouvoir être ramené à ce seul aspect, au regard des finalités du procès pénal telles qu'on peut les concevoir désormais.

Certes, la Cour européenne, s'agissant du droit de la preuve, a jugé à de multiples reprises que la question de la recevabilité d'une pièce probatoire relève au premier chef des droits nationaux ;

mais la portée de cette affirmation doit être bien mesurée : elle signifie seulement que cette question, loin d'être tenue pour indifférente, fait partie, avec d'autres, des éléments que la cour prend en considération pour apprécier, au terme d'une analyse globale, si la procédure soumise à son jugement a été équitable, de telle sorte qu'elle peut parfaitement être conduite à porter un jugement sur une règle de preuve. Ainsi, en matière de diffamation, et s'agissant de l'*exceptio veritatis*, elle n'a pas hésité à rejeter le mécanisme de celle-ci, tel qu'organisé par la loi du 29 juillet 1881, en concluant à la nécessaire admissibilité de la preuve de faits datant de plus de dix ans.

3. - Or, si elle a prononcé ainsi, ce n'est évidemment pas au nom de l'impérative découverte de la vérité, mais pour la protection de la liberté d'expression du prévenu. Plus largement, la Convention européenne a changé nos perspectives : en affirmant les droits de l'homme en procès, et spécialement le droit à un procès équitable, elle vise à organiser le combat judiciaire (et l'égalité des « armes ») pris en lui-même et pour lui-même, et non en fonction de ses résultats. En écho à l'opposition entre le système accusatoire et le système inquisitoire, sa priorité est de régler, autrement dit, le déroulement du procès, plus que ses finalités : quitte à grossir le trait, l'important est de bien juger, et peu importe le vainqueur, aurait-il tort (au terme des ordalies, Dieu reconnaissait le sien).

Cette conception particulière du procès, relayant la découverte de la vérité à un rang où elle perd de sa superbe, reçoit d'ailleurs des illustrations dans la loi elle-même : lorsque le législateur a introduit la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, peut-on sérieusement penser que son but avait un rapport, même éloigné, avec la poursuite de la vérité ? Dans ce contexte, la position de la chambre criminelle à l'égard des preuves déloyales ou illicites est affaiblie, d'autant plus qu'elle est assise sur des arguments bien discutables.

2. Solutions classiques de la chambre criminelle

4. - Parce que la jurisprudence de la chambre criminelle apparaît porteuse d'excès, elle se prête à la caricature ; en réalité, elle passe par des nuances, selon que la preuve déloyale ou illicite est administrée par une autorité publique ou par un particulier. Schématiquement, et pour éviter de revenir en détail sur une évolution souvent retracée, elle se présente de la manière suivante. En ce qui concerne les autorités publiques, la chambre criminelle n'a formellement conclu à l'irrecevabilité qu'à propos de la seule provocation à l'infraction. Dans les autres cas, notamment celui où les propos d'un suspect ont été obtenus clandestinement, ou bien elle a opiné pour la recevabilité, ou bien elle a accepté d'écarter la preuve déloyale ou illicite en invoquant un simple défaut de « validité ». S'agissant des particuliers (partie civile, personne mise en examen, témoin, voire tiers à la procédure), la jurisprudence refuse pareille conclusion : depuis des années, et d'arrêt en arrêt, la chambre criminelle affirme, d'une part, que le juge n'a pas le pouvoir de refuser de joindre au dossier pareil « indice de preuve » (*sic*), lequel ne constituerait pas un acte de procédure exposé à une annulation sur le fondement de l'article 172 du Code de procédure pénale, et, d'autre part, que la seule exigence à respecter est celle de le soumettre à débat contradictoire, le juge exerçant, ensuite, son pouvoir souverain d'appréciation en application de l'article 427 du même code. Encore doit-on relever une restriction : si le particulier a agi à l'instigation d'une autorité publique pour provoquer l'infraction, la preuve est alors déclarée irrecevable.

5. - L'ensemble n'est guère convaincant. L'argument du contradictoire, qui viendrait purger la pièce de son vice originel, notamment, est erroné, car contraire à une chronologie élémentaire.

Avant d'envisager les vertus de la contradiction, encore faut-il commencer par s'interroger sur la recevabilité : la première présuppose la seconde, elle ne saurait y suppléer. Or l'unique problème de la preuve illicite ou déloyale est bien celui de sa recevabilité. Dans ces conditions, il devient difficile d'admettre que la chambre criminelle ne place le débat sur ce terrain que dans la seule hypothèse des provocations à l'infraction, directes ou indirectes. D'ailleurs, c'est en ces termes que, désormais, les autres formations de la Cour de cassation abordent, et résolvent, la difficulté, y compris dans des cas où elle se présente dans des conditions similaires à celles de la procédure pénale.

En réalité, les solutions de la chambre criminelle reposent sur le présupposé implicite que la loyauté ne s'impose qu'aux autorités publiques : mais pour quelle raison ? On n'entrevoit que deux explications possibles. En vertu de la première, et prenant appui sur l'objectif de découverte de la vérité, il faudrait soutenir qu'en administrant des preuves d'origine déloyale ou illicite, les particuliers participent efficacement à la défense de l'intérêt général, résultat compromis par toute décision d'irrecevabilité ; à quoi l'on répondra, évidemment, que les autorités publiques y contribuent aussi, et bien davantage : ce que la société refuse aux policiers ou aux juges en dépit de l'intérêt général, elle ne peut l'accorder aux parties civiles au nom du même intérêt, lequel, au surplus, n'a peut-être plus le prestige qui fut autrefois le sien. On est donc repoussé vers une seconde explication, qu'il faudra rechercher du côté des particuliers eux-mêmes, c'est-à-dire dans leurs droits. Mais, d'une part, de tels droits n'existent que pour les parties, non pour les témoins ou pour les tiers à la procédure, qui n'en ont aucun ; or, on l'a rappelé, la chambre criminelle n'opère pas cette distinction. D'autre part, toutes les parties n'ont pas les mêmes prérogatives : seule la personne poursuivie, qui a le « droit de mentir », se voit reconnaître la possibilité de faire preuve de déloyauté ; mais, pour une partie civile, quel serait donc ce droit qui lui permettrait de recourir à une preuve d'origine illicite ou déloyale ?

Faut-il décidément conclure à une situation digne de la quadrature du cercle ? Des décisions récentes de la chambre criminelle pourraient au contraire montrer que l'issue n'est plus éloignée.

3. De la preuve déloyale à la preuve licite

6. - En plusieurs occasions, la chambre criminelle a paru vouloir introduire une limite au pouvoir, pour un particulier, d'utiliser une preuve d'origine suspecte : encore faut-il que sa propre défense l'ait placé dans la nécessité d'obtenir pareille preuve, serait-ce de façon déloyale ou illicite. Il est vrai que, le plus souvent, la cour a jugé ainsi en statuant en droit pénal, à propos de personnes poursuivies pour avoir commis une infraction afin de se procurer une preuve : elle a écarté leur responsabilité en les disant justifiées par la nécessité où elles se trouvaient de se défendre en recourant à un tel procédé. Mais, quoique plus rarement, elle a aussi tranché une question de procédure pénale, en considérant qu'une pièce pouvait être administrée devant le juge répressif dans la mesure où, certes obtenue par un acte ordinairement incriminé, elle avait toutefois été le moyen pour un prévenu de se défendre contre des accusations.

C'est dire que, si l'on réunit ces deux courants jurisprudentiels, le fond peut rejoindre la forme, et le droit pénal, la procédure pénale. En effet, les droits de la défense (procédure) constituent un fait justificatif (droit pénal) de l'infraction – atteinte à la vie privée, vol, recel de choses, etc. – qui a été perpétrée pour se procurer la preuve ; réciproquement, puisqu'aucune infraction n'a été commise (droit pénal), la preuve obtenue grâce à elle a une origine licite : elle est donc recevable (procédure).

7. - Or ce raisonnement en boucle paraît bien transparent d'une décision de la chambre criminelle, en date du 31 janvier 2007. Dans cette affaire, un homme en instance de divorce avait enregistré clandestinement des propos échangés avec son épouse, dans lesquels celle-ci reconnaissait le caractère mensonger d'une attestation qu'elle avait produite pour l'accuser de violences graves à son encontre ; fort de la transcription de cette conversation dans un procès-verbal dressé par un huissier, il s'était alors constitué partie civile dans des poursuites pour établissement et usage de fausse attestation. Conformément à la solution jurisprudentielle classique, les juges du fond avaient admis sans difficulté la production du procès-verbal aux débats, en se contentant de relever qu'il avait été « versé au contradictoire » ; comme on pouvait s'y attendre, la chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé par l'épouse, mais avec l'aide d'un « dès lors » dont le contenu est le suivant : « l'enregistrement de la conversation téléphonique privée, réalisé par Alain Y..., était justifié par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont il était victime et de répondre, pour les besoins de sa défense, aux accusations de violences qui lui étaient imputées ». Autant dire que le pont est clairement jeté, ici, entre le droit pénal et la procédure : parce que l'infraction commise était justifiée par les besoins de la défense, la pièce obtenue grâce à elle pouvait être administrée. Contrairement aux arrêts ayant jusqu'alors admis généreusement la recevabilité d'une preuve déloyale ou illicite produite par un particulier, l'arrêt pourrait donc avoir voulu y poser une condition : que la production de cette pièce soit nécessitée par les droits de la défense, ce qui lui confère une origine licite – à défaut de quoi il faudrait comprendre qu'elle devrait être exclue des débats, n'en déplaise au contradictoire.

Bref, par un simple raisonnement de droit pénal, mêlant règles de fond et de procédure, le problème est résolu : une preuve déloyale devient licite. Dans cette mesure, le visa de l'article 6 de la Convention européenne est superfétatoire, si une telle référence procède de la croyance qu'il n'y aurait d'autre moyen de justifier la recevabilité d'une preuve obtenue de façon déloyale.

8. - En supposant que telle est bien l'interprétation que l'on doit conférer à ce mouvement jurisprudentiel, les décisions de la chambre criminelle deviennent plus solides (la fin a cessé de justifier tous les moyens), et les solutions sont moins choquantes, car plus conformes à nos valeurs républicaines. Il reste que le problème n'est réglé que pour partie : la nécessité de se défendre ne peut être invoquée ni par un témoin, ni par un tiers ; s'agissant d'eux, l'article 6 de la Convention européenne pourrait être réellement secourable.

Doc. 11 : Marie-Christine SORDINO, « Précisions sur le domaine du fait justificatif fondé sur les droits de la défense au profit du salarié », Droit pénal 2010, étude 6.

La justification d'un comportement au regard du droit pénal procède classiquement d'une disposition législative ou réglementaire. Cependant, la jurisprudence s'appuie parfois sur un fait justificatif original afin d'exonérer des actes qui constituent normalement une infraction. C'est le cas pour le fait justificatif de l'intérêt de groupe face à un délit d'abus de biens sociaux ou pour le fait justificatif fondé sur les droits de la défense au profit du salarié. Encore convient-il de délimiter le régime juridique à laquelle cette justification doit obéir. L'un des aspects de sa mise en œuvre dépend de son champ d'application. En ce sens, l'arrêt rendu par la chambre

criminelle de la Cour de cassation le 9 juin 2009 apporte une contribution intéressante, ce qui permet de réfléchir sur la portée du fait justificatif dont peut bénéficier le salarié.

1. - Présentation et faits. – La portée du fait justificatif fondé sur les droits de la défense du salarié ne cesse de soulever des facettes intéressantes. Jusqu'alors, la question de la délimitation de son domaine n'avait pas été clairement abordée de manière directe. Un récent arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 9 juin 2009 offre l'occasion de mener une réflexion à ce propos. En l'espèce, un ancien chauffeur d'une société de transport dénonce auprès de certains clients et d'un assureur l'existence de carences de son employeur à propos de la sécurité des marchandises transportées. Entendu par les gendarmes alors qu'il est l'objet d'une plainte pour diffamation déposée par la société de transport, il produit la photocopie de deux lettres de voiture destinées à établir les carences de cette entreprise dans la protection contre le risque de vol des marchandises qui lui étaient confiées. Son objectif est de démontrer la véracité des faits qu'il allègue.

2. - La procédure. – Cité directement devant le tribunal correctionnel, à l'initiative de son employeur, des chefs de diffamation et de vol, il est relaxé. Sur appels du ministère public et de la partie civile, la cour d'appel infirme partiellement le jugement en déclarant l'ancien chauffeur coupable de vol. Le raisonnement de la juridiction de second degré s'appuie sur deux éléments, qui tiennent d'abord à la nature du procès, qui apparaît pénal et non prud'homal et ensuite aux buts poursuivis par le prévenu, c'est-à-dire l'objectif d'établir la réalité des faits qu'il allègue dans une instance pénale. Le prévenu forme un pourvoi en cassation. L'interrogation qui est posée à la Cour de cassation a trait à la délimitation du champ d'application du fait justificatif fondé sur les droits de la défense au profit du salarié. Plus spécialement, ledit fait justificatif peut-il être utilisé par le salarié qui commet un vol lors d'un procès pénal en diffamation à l'initiative de son ancien employeur ? La réponse de la haute juridiction est négative et elle rejette ainsi le pourvoi, considérant que « la cour d'appel a caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit dont elle a déclaré le prévenu coupable ».

Deux analyses s'affrontent donc. D'une part, selon le salarié, il conviendrait de s'attacher aux finalités recherchées par la production des documents. Le but est l'exercice des droits de la défense. D'autre part, il serait envisageable de s'appuyer sur la nature du litige opposant l'employeur et le salarié. C'est cette seconde analyse qui a prospéré devant la Cour de cassation, consacrant ainsi la primauté du critère objectif reposant sur la nature du procès (1) et appelant des précisions quant à sa pertinence (2).

1. La primauté du critère reposant sur la nature du procès

3. - Le contenu de la justification, c'est-à-dire la production de documents (A), ainsi que son contenant, le cadre du procès dans lequel ladite production de documents s'inscrit (B), ont indéniablement une influence forte sur son champ d'application. Si le premier aspect semble relativement bien cerné désormais, c'est le second point, à savoir le cadre du litige, qui suscite des interrogations.

A. - Le contenu : la production de documents

4. - Rapprochement des chambres criminelle et sociale. – Après plusieurs années de vives discussions autour de la qualification du comportement du salarié qui utilise des documents de l'entreprise dans le but d'assurer sa défense, la chambre criminelle et la chambre sociale de la Cour de cassation ont rapproché leur analyse au cours de l'année 2004.

Les deux arrêts émanant de la chambre criminelle ainsi que celui rendu par la chambre sociale s'appuient sur des faits voisins, consistant pour un salarié à soustraire des documents ou à réaliser des photocopies de documents appartenant à son employeur. Pour les deux chambres de la haute juridiction, le salarié peut produire en justice des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions (1°), lorsque lesdits documents sont strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense (2°) dans le litige l'opposant à son employeur.

1° Des documents connus à l'occasion de l'exercice des fonctions

5. - Conditions. – La mise en œuvre du fait justificatif suppose que les documents litigieux, « quel que soit leur support », appartiennent à l'employeur et ne soient pas personnels.

En l'espèce, le prévenu avait eu accès aux lettres de voiture litigieuses car il avait été chauffeur salarié de la société de transports. C'est donc bien dans l'exercice de ses fonctions qu'il en a eu connaissance.

2° Des documents strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense

6. - Évolution de la notion. – En 1951, les juges du fond affirmaient déjà « qu'on ne saurait refuser à qui que ce soit le droit de se défendre, et cette liberté essentielle ne peut être mise en échec par les règles du secret professionnel ». Puis, au fil d'une évolution régulière, plusieurs qualifications pénales ont été concernées, qu'il s'agisse du vol, de la violation du secret professionnel ou du recel de violation du secret professionnel. Ainsi, la production de documents devenait-elle possible dès lors qu'elle était rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense, soit pour la chambre criminelle de la Cour de cassation au profit du journaliste (mais pas du salarié), soit pour la chambre sociale de la Cour de cassation au bénéfice du salarié. Depuis les arrêts rendus en 2004, la chambre criminelle de la Cour de cassation s'est rapprochée de la position de la chambre sociale et subordonne la justification du vol de documents par le salarié à la condition que la production desdits documents soit strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense. Le caractère « strictement » nécessaire n'était jusqu'alors pas imposé par la Cour de cassation, seule étant exigée la nécessité « simple ». Cette précision fait peser l'accent sur le fait que la production desdits documents doit représenter le seul moyen pour le salarié d'assurer sa défense. La condition ainsi ajoutée met l'accent sur le fait que le salarié n'a pas d'autres choix pour faire reconnaître ses droits ou les préserver.

B. - Le contenant : le cadre du procès

7. - Nature du litige en cause. – Dans l'affaire servant de point de départ à notre réflexion, les décisions des juges du fond ainsi que le salarié demandeur au pourvoi ne contestent pas la qualification de vol par photocopie. Cette solution est acquise en jurisprudence depuis le célèbre arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 8 janvier 1979, dénommé *Logabax*.

Au soutien du pourvoi est en revanche mis en exergue l'exercice des droits de la défense, quelle que soit la nature du litige en cause. La finalité recherchée par le salarié qui produit les documents appréhendés doit primer, dès lors qu'il est démontré que ceux-ci sont strictement nécessaires à sa défense. Ainsi, en l'espèce, les lettres de voiture en cause sont utilisées afin d'apporter la preuve des faits dénoncés par le salarié dans l'instance en diffamation débutée sur plainte de l'employeur. Elles constitueraient donc, pour le salarié, le seul moyen de se défendre. Selon le moyen, « aucune distinction ne doit être faite selon que le litige en cause a ou non un

caractère prud'homal ». En l'espèce, le procès est de nature pénale. Il voit s'affronter l'employeur et son ancien salarié. Une telle analyse est-elle soutenable ?

8. - Litige opposant l'employeur au salarié. – En réalité, tout le débat repose sur l'expression utilisée par la Cour de cassation, qu'il s'agisse de la chambre criminelle ou de la chambre sociale. Les arrêts visent en effet « un litige opposant l'employeur au salarié ». Cette formule autoriserait une telle interprétation. Un procès pénal en diffamation constitue bien un litige opposant l'employeur au salarié et ce, d'autant plus que le fait générateur du procès repose sur les déclarations de l'ancien chauffeur qui dénonce auprès de certains clients et d'un assureur, l'existence de carences de son employeur à propos de la sécurité des marchandises transportées. Le lien avec l'existence du contrat de travail est avéré, bien qu'indirect. L'analyse est d'autant plus séduisante que le fait justificatif fondé sur l'exercice des droits de la défense a déjà été admis dans d'autres disciplines, notamment au profit du journaliste qui prouve que les imputations diffamatoires qui lui sont reprochées sont vraies, en s'appuyant sur des documents résultant de la commission d'une infraction telle que le recel de violation du secret de l'instruction. Et cette solution est confortée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

9. - Valeur des droits de la défense. – Il en est de même pour des professionnels, tels que le commissaire aux comptes, l'avocat ou le médecin, qui sont autorisés à transgresser le secret professionnel afin de pouvoir se défendre, dans les limites d'une stricte nécessité. Dans cette situation, la valeur protégée violée par le défendeur au procès, qu'il s'agisse du secret professionnel ou du droit de propriété, succombe face à la prééminence de l'exigence de l'exercice des droits de la défense, dans un rapport de proportionnalité. La valeur de cette exigence est en effet reconnue avec force en droit interne, puisque le Conseil constitutionnel considère que le respect des droits de la défense est un principe fondamental reconnu par les lois de la République et la Cour de cassation un principe général du droit. De plus, les articles 6, § 3 de la CESDH, 47 alinéa 2 et 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne confèrent à la garantie des droits de la défense une valeur supranationale.

10. - Litige prud'homal. – Pourtant, cette analyse n'a pas prospéré auprès de la Cour de cassation, qui préfère limiter le domaine de la justification au seul cas du litige prud'homal. Les événements voisins, susceptibles d'être à l'origine d'un autre procès mettant aux prises l'employeur et le salarié, mais indirectement liés au contrat de travail, ne peuvent donc donner lieu à justification. Il est vrai que la plupart des décisions admettant le fait justificatif au profit du salarié prennent place au sein d'un procès prud'homal, lorsqu'est en cause directement le contrat de travail. Mais, nous l'avons souligné précédemment, l'exercice des droits de la défense a été retenu dans d'autres domaines que le litige devant le conseil des prud'hommes. Cette analyse n'est-elle pas trop stricte, voire restrictive ? Ne risque-t-elle pas de déboucher sur un resserrement du champ d'application du fait justificatif à l'unique contentieux du licenciement entre employeur et salarié ? Dès lors, il est utile d'élargir la perspective et d'apprécier la pertinence du critère mis en avant par la Cour de cassation.

2. La pertinence du critère

11. - Les contours du fait justificatif fondé sur l'exercice des droits de la défense du salarié semblent désormais encadrés par la précision apportée par la Cour de cassation. Il s'agit d'une solution juridiquement rassurante (A), qui, cependant, permet de s'interroger sur l'existence d'un nouveau fondement de la justification (B).

A. - Une solution juridiquement rassurante

12. - La solution rendue par l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation propose, sur le fondement d'une motivation unifiée (1°), une solution orthodoxe (2°).

1° Une motivation unifiée

13. - Visa de la chambre criminelle. – La motivation de la solution par référence à l'article 1315 du Code civil relatif à la charge de la preuve de l'obligation est, semble-t-il, abandonnée, au profit de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, qui offre un cadre plus large aux droits de la défense en englobant les matières civile et pénale. Cette disposition peut être visée à la fois par la chambre criminelle mais également la chambre sociale de la Cour de cassation.

Mais la motivation repose également sur l'article 311-1 du Code pénal portant l'incrimination de vol. En conséquence, ce sont les constatations des juges du fond qui guident la solution retenue, en fonction des circonstances de chaque espèce. Lesdites constatations apparaissent d'ailleurs comme très fouillées, traduisant certainement une volonté de motiver sérieusement leur solution, par ailleurs fondée sur la combinaison d'un texte conventionnel de large portée et de la disposition spécifique définissant le délit de vol.

2° Une solution orthodoxe

14. - Fait justificatif limité au procès prud'homal. – La limitation du domaine du fait justificatif au strict litige prud'homal est apparemment rassurante, car elle est d'une grande orthodoxie juridique, conforme aux règles classiques du droit pénal.

D'abord, comme tout fait justificatif, l'exercice des droits de la défense est interprété strictement. Ainsi, le domaine du fait justificatif de l'intérêt de groupe admis en cas de commission d'un délit d'abus de biens sociaux et né au détour de l'arrêt *Rozenblum* a-t-il été immédiatement borné par de strictes conditions rigoureusement vérifiées par la jurisprudence lors de l'examen de chaque espèce, excluant qu'il puisse justifier d'autres délits.

Ensuite, limiter le champ d'application du fait justificatif au procès direct du contrat de travail respecte la règle classique d'indifférence de la qualification de l'infraction aux mobiles du délinquant. Cette position a le mérite de centrer le débat juridique autour d'un critère objectif, laissant de côté le recours aux mobiles, contrairement à ce que le demandeur au pourvoi soutenait. Il est en effet dangereux de mettre en exergue un mobile, quoique louable, et la chambre criminelle de la Cour de cassation se refuse à justifier la production de documents volés du salarié en se fondant sur l'éventuelle existence d'une telle finalité, quand bien même s'agirait-il d'exercer sa propre défense. En effet, le juge n'a pas à trancher une hiérarchie entre les différentes finalités de la production des documents par le salarié, à la différence de ce qui est suggéré par le pourvoi. Ce dernier tente de mettre l'accent sur la finalité recherchée par le vol, en soutenant que la preuve de la véracité des faits dans une instance en diffamation est une modalité d'exercice des droits de la défense.

Enfin, en rejetant cette analyse, l'adoption d'un critère objectif par la Cour de cassation présente également l'avantage de déplacer le questionnement de l'élément moral vers l'élément légal de l'infraction. Certaines juridictions du fond, et cela est le cas pour l'arrêt du 9 juin 2009, ont tendance à justifier le comportement du salarié en plaçant le débat sur le terrain de l'intention. Le délit ne serait pas constitué, faute d'élément moral, le prévenu n'ayant eu, ni le désir de se comporter en maître de la chose, ni d'intention malveillante contre l'employeur. Cette jurisprudence, quoique soucieuse à juste titre de garantir les droits du salarié, doit être

combattue, car elle est juridiquement inexacte : le vol est bel et bien constitué en tous ses éléments, l'appréhension des documents, ne fût-ce que le temps nécessaire à leur reproduction, démontrant le souhait de se comporter en propriétaire. Dès lors, en ne suivant pas un raisonnement articulé autour de l'élément moral, la Cour de cassation nous invite à nous tourner vers l'élément légal et à réfléchir en direction d'un autre fondement au fait justificatif de l'exercice des droits de la défense.

B. - Vers un nouveau fondement de la justification ?

15. - État de nécessité. – Le fait justificatif de l'exercice des droits de la défense au profit du salarié n'affecte pas l'élément moral de l'infraction qui se trouve à la source de la production des documents. C'est l'élément légal de ladite infraction qui se trouve neutralisé. Lorsqu'est évoquée la « stricte nécessité » de la production des documents au sein de l'instance prud'homale, indéniablement, un lien avec l'état de nécessité apparaît. L'exercice des droits de la défense constitue la valeur à sauvegarder, par comparaison avec la valeur sacrifiée, telle le droit de propriété lorsqu'est en cause la commission d'un vol au détriment de l'employeur. Toutefois, si la ressemblance est patente avec le fait justificatif contenu dans l'article 122-7 du Code pénal, des différences apparaissent de manière nette. D'abord, il ne saurait être question de danger actuel ou imminent dans le cas du salarié licencié qui prépare une preuve afin de se défendre contre l'employeur. Ensuite, la jurisprudence rendue avant l'entrée en vigueur du Code pénal en 1994 ajoutait une condition pour l'admission de l'état de nécessité, qui semble avoir été maintenue postérieurement : la situation de péril dans laquelle se trouve l'agent ne doit pas provenir d'une faute antérieure de sa part. Dans la situation du salarié, c'est justement en raison de la commission de la faute qu'il a antérieurement commise que ce dernier peut se trouver dans la position de défendeur au procès pénal. Enfin, l'exercice de sa propre défense constitue-t-il un acte nécessaire à la sauvegarde « de la personne ou du bien » face au danger ? Nous ne le pensons pas : le contexte judiciaire dans lequel s'inscrit l'admission du fait justificatif ôte la condition première de l'état de nécessité reposant sur l'existence d'un danger et, de manière subséquente, sa réaction en retour.

16. - Autorisation législative ou réglementaire. – La neutralisation de l'élément légal du vol reposerait alors peut-être sur une autorisation législative ou réglementaire, sur le modèle de l'article 122-4 du Code pénal. Le comportement de la personne qui choisit de violer le texte est justifié car l'élément injuste disparaît. Le texte qui contient cette permission ne doit pas nécessairement être de nature pénale. Ainsi, la disposition législative ne pourrait-elle pas être notamment l'article R. 1454-3 du Code du travail qui pose que le salarié peut solliciter la production des éléments de preuve nécessaires auprès du conseiller rapporteur ? Mais on pourrait objecter que le salarié, disposant de telles armes procédurales, n'aurait pas strictement besoin de préconstituer une preuve des documents appartenant à l'employeur. Et, par voie de conséquence, si la condition de stricte nécessité fait défaut, il ne pourrait être justifié.

17. - Article préliminaire du Code de procédure pénale. – Alors, si l'on désire s'appuyer sur un texte de nature pénale, l'article préliminaire du Code de procédure pénale n'offrirait-il pas une assise de droit positif solide à la garantie des droits de la défense, en sus de la disposition supranationale de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ? Cependant, la difficulté rencontrée risque d'être identique : l'exercice des droits de la défense lorsque le salarié est poursuivi pénalement pour avoir appréhendé des documents ne peut s'étendre à l'infini à tous les litiges nés à l'occasion de l'exécution du contrat de travail. Il resterait alors à

ériger en justification *sui generis* l'exercice des droits de la défense, mais également à préciser le domaine de cette justification. Ceci prend d'ailleurs un relief important alors que le juge judiciaire se voit désormais reconnaître la possibilité d'exercer un contrôle de constitutionnalité de la loi *a posteriori* par le truchement de la question préjudicielle de constitutionnalité.

Car, en tout état de cause, une justification ne peut être efficiente que si elle s'exerce dans des conditions bien délimitées. Sinon, les juges, dans leur prudence, seront conduits à borner eux-mêmes son champ d'application, afin de réduire le risque d'insécurité juridique. C'est ce qu'ils ont fait en abandonnant la référence imprécise à un litige opposant l'employeur au salarié. Ce dernier regrettera sans doute que le fait justificatif soit limité au contentieux prud'homal. Mais, en ouvrant trop largement la justification fondée sur les droits de la défense, n'existait-il pas un risque d'appauvrissement de la substance même de ces droits, si importants dans un État qui désire garantir les libertés de ses justiciables ?

**Doc. 12 : Crim. 16 juin 2011, n° 10-85.079, P+B+R+I, JCP éd. S 2011, 1450
note Stéphane Detraz**

LA COUR - (...)

- Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure qu'une information des chefs de vol et abus de confiance a été ouverte à la suite de la plainte avec constitution de partie civile de la société Centre spécialités pharmaceutiques, qui reprochait à son directeur général délégué, M. V. d'avoir transféré sur sa messagerie personnelle des documents de l'entreprise ;
 - Attendu que, pour confirmer l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction, l'arrêt prononce par les motifs reproduits aux moyens ;
 - Attendu qu'en l'état de ces énonciations, d'où il résulte que M. V., avisé du projet de son employeur de rompre son contrat de travail, a appréhendé des documents dont il avait eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et dont la production était strictement nécessaire à l'exercice de sa défense dans la procédure prud'homale qu'il a engagée peu après, la chambre de l'instruction, qui a répondu aux articulations essentielles du mémoire produit par la partie civile, a justifié sa décision ;
- D'où il suit que les moyens ne sauraient être accueillis ; (...)
- Rejette le pourvoi ; (...)

1. Contexte

Le directeur général délégué d'une société transfère sur la messagerie personnelle de son ordinateur des documents qu'il détient au titre de ses fonctions. La société se constitue partie civile contre personne dénommée des chefs de vol et abus de confiance. Le juge d'instruction puis la chambre de l'instruction saisis prononcent le non-lieu, aux motifs que l'individu, informé du projet de licenciement le concernant en raison de la détérioration des résultats de l'entreprise, a agi de la sorte afin de pouvoir assurer sa défense dans l'instance prud'homale à venir en démontrant le caractère injustifié de son congédiement. Le pourvoi en cassation formé par la société est rejeté, la chambre criminelle approuvant l'arrêt d'appel d'avoir énoncé en substance, en réponse au mémoire de la partie civile, que, « avisé du projet de son employeur de rompre

son contrat de travail, l'intéressé a appréhendé des documents dont il avait eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et dont la production était strictement nécessaire à l'exercice de sa défense dans la procédure prud'homale qu'il a engagée peu après ».

La décision ne surprend pas, qui confirme un principe désormais solide selon lequel les nécessités de l'exercice des droits de la défense peuvent justifier l'appréhension de documents de l'entreprise par un salarié, notamment à fin de contestation du bien-fondé de son licenciement. Certes, un arrêt récent et remarqué a brutalement dressé un mur devant cette construction jurisprudentielle, mais dans l'hypothèse particulière et inédite d'un salarié qui cherchait à justifier la diffamation commise par lui au détriment de son employeur (*Cass. crim.*, 9 juin 2009, n° 08-86.843 : *JurisData* n° 2009-048950 ; *Dr. pén.* 2009, comm. 127, note M. Véron ; *Dr. pén.* 2009, chron. 10, n° 24, obs. M. Segonds ; *D.* 2009, p. 306, note H. Kobina Gaba ; *Gaz. Pal.* 21-25 août 2009, p. 10, note S. Detraz ; *JCP S* 2009, 1447, note A. Bugada ; *Rev. pénit.* 2009, p. 858, note S. Fournier ; *Rev. sc. crim.* 2010, p. 128, note E. Fortis. - Adde M.-Ch. Sordino, *Précisions sur le domaine du fait justificatif fondé sur les droits de la défense au profit du salarié* : *Dr. pén.* 2010, étude 6). Une doctrine quasi unanime (V. cependant Ph. Bonfils et J. Lasserre Capdeville, *Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale*, in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum* : Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2009, p. 255) a alors expliqué la solution par l'absence de litige de nature prud'homale et considéré la jurisprudence jusqu'alors édifiée intacte. Pour autant, dans le présent arrêt, la Haute juridiction omet une nouvelle fois de clarifier méthodiquement les conditions de la justification, même s'il est vrai que les pourvois contre les arrêts de règlement de l'instruction ne se prêtent guère à la formulation de principes de droit pénal de fond.

2. Analyse

Dans le silence de la loi (V. cependant *L. 29 juill. 1881*, art. 32 pour les journalistes), ainsi qu'en raison de leur nature supra législative, les droits de la défense sont susceptibles de justifier toute infraction adéquate : violation du secret professionnel (V. par ex. *Cass. crim.*, 20 déc. 1967, n° 66-92.779), atteinte à l'intimité de la vie privée (V. *J.-Ch. Saint-Pau*, *L'enregistrement clandestin d'une conversation* : *Dr. pén.* 2008, étude 17), recel (*Cass. crim.*, 11 juin 2002, n° 01-85.237 : *JurisData* n° 2002-014852 ; *JCP G* 2003, II, 10061, note E. Dreyer), vol (V. not. *Cass. crim.*, 11 mai 2004, n° 03-80.254, n° 03-85.521, 2 arrêts : *JurisData* n° 2004-023993, *JurisData* n° 2004-023992 ; *Bull. crim.* 2004, n° 113 et 117 ; *JCP G* 2004, II, 10124, note C. Girault ; *D.* 2004, p. 2327, note H.-K. Gaba ; *Dr. pén.* 2004, comm. 122, note M. Véron ; *Rev. sc. crim.* 2004, p. 866, note G. Vermelle ; *Rev. pénit.* 2004, p. 875, note J.-Ch. Saint-Pau), etc. (V. *J. Lasserre-Capdeville*, *Les droits de la défense, nouvelle cause prétorienne d'irresponsabilité pénale* : *Rev. pénit.* 2006, p. 537 ; *Y. Mayaud*, *Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale*, in *Mélanges Gassin* : PUAM, 2007, p. 293). S'agissant spécifiquement de l'appropriation, par un salarié, de pièces de l'entreprise, la Cour de cassation n'a d'ailleurs jamais, dans ses motifs, indiqué la ou les incriminations pouvant être neutralisées : s'il s'agit presque toujours en pratique du vol, l'arrêt rapporté admet également l'abus de confiance, le non-lieu ayant été prononcé pour les deux délits ; la chambre criminelle emploie d'ailleurs le vocable ambivalent de documents « appréhendés ».

À la vérité, la qualification d'abus de confiance est généralement la mieux adaptée aux faits poursuivis, au regard des conditions dans lesquelles le salarié doit avoir accès aux

documents. Plus encore, le vol, dans sa figure criminologique d'infraction violente, pourrait, lui, être exclusif de la justification. En effet, la chambre criminelle prend ici soin, pour condenser les explications des juges du fond, de relever que le directeur général s'était emparé de documents « dont il avait eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ». La considération, qui apparaît dès les arrêts fondateurs de 2004 en des termes peut-être plus restrictifs (« dans l'exercice des fonctions ») et que l'on retrouve aussi dans la jurisprudence sociale relative à la recevabilité des preuves (V. par ex. *Cass. soc.*, 30 juin 2004, n° 02-41.720, n° 02-41.771 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 187 ; D. 2004, p. 2326, note H. K. Gaba et p. 2760, note G. Roujou de Boubée. - *Adde Cass. soc.*, 2 déc. 1998, n° 96-44.258 : *JurisData* n° 1998-004637 ; *Bull. civ.* 1998, V, n° 535 ; *JCP G* 1999, II, 10166, note S. Bouretz. - *Comp. H. K. Gaba, La licéité des moyens de preuve dans le contentieux prud'homal : le cas des documents de l'entreprise* : D. 1999, p. 431), semble indiquer que le salarié ne peut appréhender des documents qu'il n'aurait pas eus valablement en mains grâce à ses fonctions, par exemple qu'il aurait lui-même découverts à la suite d'un espionnage (*quid* néanmoins des documents que le salarié aurait restitués à l'employeur, sur sa demande, pour ensuite les reprendre sans droit ?). Une décision de 2006 dit ainsi, plus clairement, que la justification aurait pu opérer « à supposer que la prévenue en eût pris régulièrement connaissance » (*Cass. crim.*, 26 avr. 2006, n° 05-83.564 : *JurisData* n° 2006-033671). L'on peut donc dire que les droits de la défense permettent au salarié de photocopier, scanner, imprimer ou dupliquer des documents de travail papier ou informatiques (voire de s'emparer des originaux : *Cass. crim.*, 21 juin 2011, n° 10-87.671 : *JurisData* n° 2011-012813, censurant l'argument des juges du fond ayant rejeté la justification en observant que l'intéressé aurait pu photocopier les pièces plutôt que de les dérober *stricto sensu*), mais pas de fouiller les bureaux de ses collègues ou supérieurs à la recherche de documents salvateurs (telle une correspondance entre dirigeants), *a fortiori* si l'existence en est simplement espérée ou soupçonnée. En somme le fait justificatif spécial se saisit d'un détournement consécutif à une remise bien plus que d'une soustraction initiale, nonobstant la tendance ancienne de la jurisprudence à confondre ces deux notions (hypothèse de la soustraction « juridique »).

Cette analyse, en premier lieu, conduit à exclure la justification lorsque l'agent est déjà licencié au moment où - par des manières alors frauduleuses - il appréhende les documents. Si la Cour de cassation n'a certes jamais confirmé cette analyse, aucune affaire ne l'a démentie ; il serait en effet malvenu qu'une personne devenue étrangère à l'entreprise puisse s'emparer de documents de celle-ci, en revenant par exemple sur les lieux. Néanmoins, l'on admettra que l'individu licencié, en quittant son poste, emporte avec lui les documents (implicitement, V. *Cass. crim.*, 21 juin 2001, *préc.*, excluant la justification d'un salarié démissionnaire ayant quitté la société « en emportant les dossiers » au seul motif qu'un tel geste n'était pas motivé par la défense de l'intéressé dans une affaire prud'homale).

En second lieu, **il pourrait être admis que le vol ou l'abus de confiance soient légitimement accomplis que la procédure de licenciement ait débuté ou soit simplement envisagée.** Le premier point est naturellement acquis (V. par ex. *Cass. crim.*, 15 févr. 2005, n° 04-81.923 : *JurisData* n° 2005-027536 ; *Dr. pén.* 2005, *comm.* 72, note M. Véron, photocopies partiellement réalisées après l'entretien préalable). Le second, lui, est incertain : si l'on trouve des affaires dans lesquelles il est dit, par exemple, que l'acte d'appréhension a eu lieu avant l'entretien préalable (*Cass. crim.*, 15 févr. 2005, *préc.*), cela ne signifie pas que la procédure de

licenciement n'était pas déjà engagée (l'envoi de la lettre de convocation en faisant partie). *A contrario*, l'un des arrêts précités du 11 mai 2004 semble montrer un salarié précautionneux ayant agi par anticipation, sur les conseils de l'inspection du travail (lui recommandant « d'avoir des "justificatifs" en cas de licenciement et d'instance prud'homale »), après que le président directeur général de la société l'eut « informé qu'il entendait supprimer son poste en raison de son inaptitude ». Dans la décision commentée, la partie civile prétendait (en confondant différend et litige) que la justification suppose « un litige prud'homal existant au moment de l'appropriation » et critiquait en l'espèce le fait que les énonciations de la chambre de l'instruction « n'établissent aucunement l'existence d'une procédure de licenciement engagée à l'encontre de M. X au moment du transfert par celui-ci de documents ». En réponse, la chambre criminelle, derechef, ne formule aucune règle générale mais ne casse pas l'arrêt et observe que l'intéressé était « avisé du projet de son employeur de rompre son contrat de travail » : il apparaît ainsi que les salariés n'ont pas à attendre que le litige prud'homal ait débuté, ce qui est d'ailleurs cohérent avec le premier principe posé selon lequel le salarié licencié ne peut plus légalement voler les documents. En revanche, en déclarant que l'intéressé était « avisé du projet », de rupture du contrat de travail, la Cour de cassation ne permet pas de savoir si le salarié doit attendre que la procédure de licenciement soit entamée - ce qui serait logique pour apprécier la condition de nécessité des documents (*infra*) - ou peut agir dès avant (ayant par exemple remarqué la détérioration des relations ou ayant eu vent d'informations alarmistes).

La solution est pourtant importante. En effet l'illicéité ou la licéité d'un acte s'apprécie normalement au jour de la réalisation de celui-ci, selon un principe non écrit de simultanéité des éléments constitutifs de l'infraction et des causes d'irresponsabilité pénale. Il en résulte, en l'espèce, que les conditions d'efficacité du fait justificatif tenant à l'exercice des droits de la défense devraient être caractérisées au moment de l'appréhension des documents, sans dépendre des suites. Aussi bien, si la Cour de cassation admet en l'espèce que le salarié peut s'emparer des documents de l'entreprise en prévision d'un licenciement qui le menace, n'est-il pas nécessaire que, ultérieurement, une procédure de licenciement soit effectivement mise en œuvre, ni, si tel est néanmoins le cas, qu'un litige prud'homal soit au final engagé (et ce nonobstant l'expression de « droits de la défense »). La décision rapportée ne semble pas contredire cette interprétation, car, en relevant l'existence de « la procédure prud'homale que le salarié a engagée peu après », la Cour de cassation se borne à noter un élément de fait sans en faire une condition de la justification.

Cependant, une telle position pose deux problèmes. **D'une part, elle s'accorde mal avec l'exigence, toujours rappelée, selon laquelle le contenu des documents - et non pas leur appréhension - doit être nécessaire à l'exercice des droits de la défense du salarié : comment en effet examiner avec objectivité cette nécessité au jour des faits, surtout si le salarié ne sait pas encore exactement ce qui lui sera reproché ?** L'ouverture de la procédure de licenciement, voire du procès prud'homal, apparaît donc indispensable à cette fin, même s'il n'est pas nécessaire de connaître l'issue judiciaire du litige. À cet égard, dans une affaire, une chambre de l'instruction avait déclaré, sans voir sa décision cassée, que, « quant à savoir si les pièces produites sont indispensables au soutien des prétentions de la salariée, et si elles lui permettent, ou non, de prouver la réalité de ses droits, il n'appartiendra qu'à la juridiction compétente pour trancher le litige relatif à l'exécution du contrat de travail de le dire ; qu'il suffit pour le juge pénal de constater que ces pièces sont en tout cas en relation directe avec les droits

revendiqués par la salariée dans le cadre de l'instance prud'homale » (*Cass. crim.*, 23 févr. 2011, n° 10-82.679, inédit).

D'autre part, dès lors que l'exigence de nécessité ne peut être vérifiée par anticipation, **le fait justificatif semble reposer tout entier sur la motivation du salarié au jour des faits, selon qu'il agit effectivement pour sa défense ou pour un autre mobile, par exemple pour monnayer les renseignements auprès d'une société concurrente** (mais *quid* du salarié qui entendrait utiliser les documents comme moyen de pression pour éviter le licenciement ou obtenir son dû ?). Or, c'est accorder beaucoup d'importance à un mobile qui n'a d'ordinaire aucun impact sur l'illicéité du vol (sauf à tirer partie de l'exigence légale, généralement dédaignée, d'une soustraction « frauduleuse »). En outre, cet aspect moral est lui aussi délicat à contrôler (comp., s'agissant de la justification du *happy slapping*, *C. pén.*, art. 222-33-3, al. 3 : « l'enregistrement ou la diffusion (...) réalisé afin de servir de preuve en justice »).

3. Portée

Au total, le régime de la justification bénéficiant au salarié demeure encore incertain quant à ses bornes temporelles : **la jurisprudence se prononce par touches successives, l'arrêt commenté apportant sa contribution en admettant que l'intéressé puisse commettre l'infraction de vol ou d'abus de confiance dès qu'il est « avisé » (mais comment, et par qui ?) du projet de licenciement le menaçant.** Il reste cependant beaucoup à faire en la matière, en commençant par découvrir le mécanisme de la justification *lato sensu* (absence d'élément moral, autorisation de la loi, état de nécessité, fait justificatif spécial, primauté des normes européennes consacrant les droits de la défense, etc.). Une complète harmonisation des jurisprudences pénale et sociale relatives à la justification du vol et à la recevabilité des preuves pénales et civiles proposées par des particuliers serait en outre la bienvenue (pour une possible amorce : *Cass. crim.*, 31 janv. 2007, n° 06-82.383 : *JurisData* n° 2007-037449 ; *Bull. crim.* 2007, n° 27 ; *Dr. pén.* 2007, comm. 98, note M. Véron ; *Rev. pénit.* 2007, p. 385, note C. Ambroise-Castérot. - V. Ph. Conte, *La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ?* : *Dr. pén.* 2009, étude 8).

Doc. 13 : Guillaume BEAUSSONIE, Une appréhension électronique de documents par un salarié justifiée par l'exercice des droits de la défense, D. 2011, 2254

A l'instar de beaucoup d'autres, l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 16 juin 2011 ne réglera pas, lui non plus, le problème de la « *vieille question neuve du vol d'informations* ». Il n'empêche : en attendant que soit enfin émise une décision de principe en la matière, on ne peut que constater la pérennité de la convoitise des uns envers les informations des autres et, à travers cela, le caractère peu réfutable de l'utilité et de la valeur de ces dernières. Pour cette raison, le juge pénal se trouve confronté de façon récurrente à des appropriations frauduleuses d'informations et, dans bien des cas, n'hésite pas à les sanctionner par les différents biais dont il dispose. En revanche, ô combien perturbante demeure la nature immatérielle de ces choses - car, n'en déplaise à une doctrine pénaliste souvent trop férue d'une matérialité plus

rassurante, ce sont bien des choses -, la Cour de cassation glissant sans cesse, lors de la répression des atteintes que celles-ci subissent, d'un objet à l'autre - « document », « photocopie », « information », voire « contenu informationnel » - et d'une composante infractionnelle matérielle à l'autre - « soustraction », « détournement », mais aussi « appropriation » ou encore « appréhension ». En définitive, il devient difficile de savoir si l'appropriation frauduleuse d'informations constitue effectivement une infraction et, si oui, quelle est sa qualification précise. C'est pourquoi il apparaît alors très opportun, comme c'est le cas dans l'arrêt du 16 juin 2011, de ne pas vraiment trancher ces questions en préférant conclure que, quoi qu'il en soit, l'on se situe dans le champ d'application d'un fait justificatif spécialement créé par la jurisprudence pour contrer une certaine forme de vol d'informations : l'exercice, par un salarié, de ses droits de la défense dans le cadre ou dans la perspective d'une instance prud'homale.

En l'espèce, comme le rappelle la chambre criminelle de la Cour de cassation, un salarié « *avisé du projet de son employeur de rompre son contrat de travail, a appréhendé des documents dont il avait eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et dont la production était strictement nécessaire à l'exercice de sa défense dans la procédure prud'homale qu'il a engagée peu après* ». Plus précisément, pour la raison qui précède, le directeur général délégué d'une société pharmaceutique a, préalablement à son licenciement, transféré sur sa messagerie personnelle des documents auxquels il avait accès lors de l'exercice de ses fonctions.

Si le résumé des faits ainsi reproduit ne manque pas de clarté, chacun étant en mesure de percevoir la teneur du comportement litigieux, sa traduction juridique est, pour sa part, plus ténébreuse. Alors que deux qualifications étaient en cause, le vol et l'abus de confiance, toutes deux correspondant à une figure infractionnelle compatible avec ledit comportement, la Cour de cassation ne tranche pas entre l'une et l'autre, précisant simplement que la chambre de l'instruction, dont l'arrêt était soumis à son examen, a justement décidé que l'infraction était justifiée. Autrement dit, peu semble importer la qualification exacte de l'infraction, vol ou abus de confiance, à partir du moment où celle-ci a été commise dans des conditions permettant de la neutraliser.

Qu'il soit volontaire ou pas, ce laconisme ne suffit pas à dissimuler toute l'originalité d'une décision qui, parce qu'elle s'inscrit dans la construction d'un fait justificatif prétorien désormais bien connu, conduit presque à oublier qu'elle s'insère, tout autant, au sein de l'essor de la dématérialisation des infractions contre les biens - ce dernier étant, pour le moment, beaucoup moins bien maîtrisé par la jurisprudence et par la doctrine. Apparaît également dans cet arrêt, plus distinctement qu'à l'habitude, le lien étroit qu'entretiennent ces deux phénomènes : le détournement des documents de l'employeur par le salarié (II) se trouve justifié parce que celui-ci exerce ses droits de la défense contre celui-là (I).

I - L'exercice des droits de la défense contre l'employeur par le salarié

Sur le fait justificatif prétorien d'exercice des droits de la défense par le salarié dans le cadre d'une instance prud'homale, il a déjà été beaucoup écrit. Qu'apporte, en la matière, l'arrêt du 16 juin 2011 ?

Dans un premier temps, il découle de l'arrêt une impression d'orthodoxie : une appropriation frauduleuse se trouve justifiée, c'est-à-dire neutralisée pénalement et, par là même, privée de tout effet répressif, parce qu'elle a été commise par un salarié dans le cadre de son travail et pour les besoins d'une défense dans un litige né de son travail. Ce salarié était en effet, en tant

que tel, licitement détenteur de documents appartenant à son employeur, qu'il s'est consciemment et volontairement appropriés en les détournant de leur finalité exclusivement « sociale » (adjectif pris ici au sens proprement juridique de « *relatif aux relations de travail* »), pénétrant de ce fait dans l'illicéité. Toutefois, la défense du salarié dans un prochain litige prud'homal l'opposant à son employeur paraissait à la Cour de cassation tributaire de cette appropriation. Plus encore, dans le droit fil de ses décisions antérieures, la Cour précise que, dans l'optique de cette défense, l'appréhension des documents en cause ne pouvait pas ne pas être, puisque la production de ceux-ci était « *strictement nécessaire* » à celle-là. En conséquence, l'intérêt de rétablir l'équilibre d'un duel judiciaire annoncé entre le salarié et son employeur est venu concurrencer celui de la protection de la propriété de ce dernier, l'utilisation des informations appréhendées par le salarié prévalant, un temps, sur leur réservation.

Dans un second temps, cependant, il ressort de l'arrêt quelques questions laissées sans réponse. Tout d'abord, l'appréhension des documents a été commise alors que le litige prud'homal n'était pas encore né. Le salarié était, au moment des faits, simplement avisé du projet de son employeur de rompre son contrat de travail. L'employeur le relève d'ailleurs pertinemment, et on peut au moins lui accorder que l'appréciation du caractère strictement nécessaire de la production des documents à la défense du salarié n'en devient que plus équivoque. Ne s'agit-il pas pour lui, dans une certaine mesure, de faire pression sur son employeur afin de négocier un départ plus avantageux ? De la sorte, il apparaît désormais possible de justifier une appropriation frauduleuse s'opérant, non plus dans le cadre d'un litige prud'homal, mais dans sa prévision. Le basculement dans la subjectivité est patent, et il semble qu'il faille alors admettre que le fait justificatif ait davantage vocation à jouer sur l'élément moral, l'esprit du salarié se devant d'être sondé par le juge, que sur l'élément légal, comme c'est pourtant le cas traditionnellement.

Cela étant, toute prétention systématique reste, en la matière, encore périlleuse, et l'on peut tout autant concéder à la Cour de cassation une certaine logique : le salarié faisant l'objet d'une procédure de licenciement n'aura certainement plus accès aux documents nécessaires à sa défense. De plus, la Cour de cassation a refusé de retenir le fait justificatif d'exercice des droits de la défense par le salarié dans un autre arrêt rendu par sa chambre criminelle le 21 juin 2011, « *dès lors que les documents découverts en sa possession étaient bien plus nombreux que le seul qu'il destinait [à se prémunir pour une action en justice introduite à son encontre devant la juridiction prud'homale], et qui serait à même d'éclairer ladite juridiction sur les difficultés rencontrées avec son ancien employeur* ». Ainsi, un élément objectif a alors pu tempérer la subjectivité qu'implique le caractère simplement prévisionnel du litige prud'homal.

Ensuite, ce que la Cour de cassation fait en l'occurrence le choix de ne pas qualifier, mais qu'elle perçoit généralement comme un vol, n'en est pas un, qu'il soit finalement justifié ou pas. Il est temps, en effet, de tirer toutes les conséquences de la réforme de 1992 et de sonner le glas de la « soustraction juridique », en vertu de laquelle « *la détention matérielle d'une chose mobilière, non accompagnée de la remise de la possession, n'est pas exclusive de la soustraction* ». Fort pratique à une époque où la contraction de l'incrimination d'abus de confiance rendait difficile la répression de certaines appropriations frauduleuses commises consécutivement à une remise, cette solution n'est plus nécessaire aujourd'hui, et elle ne constitue qu'un facteur de confusion. C'est pourquoi, sans doute, on ne la retrouve plus expressément en jurisprudence depuis l'entrée en vigueur du code pénal de 1992. Toutefois, il reste à assumer ce retour à la discontinuité

ontologique de la loi pénale, en se rendant compte que ce qui caractérise la soustraction est le fait qu'elle provoque une dépossession qui, contrairement à la remise, n'est pas volontaire. Si dépossession volontaire il y a, il ne peut donc jamais y avoir soustraction, et la seule infraction concevable est alors l'abus de confiance.

Pour le dire autrement, la soustraction juridique n'est rien d'autre que le détournement qui consomme l'abus de confiance ; c'est un détournement qui a été commis en l'espèce.

II - Le détournement des documents de l'employeur par le salarié

L'infraction justifiée, dans le présent arrêt, est donc un abus de confiance : les documents litigieux n'ont pas été soustraits par le salarié à son employeur, mais détournés. Leur préalable mise à disposition du salarié pour les besoins de son activité professionnelle, fût-elle induite par le contrat de travail, représente effectivement une remise au sens donné à cette notion par l'article 314-1 du code pénal. La remise établit un concours de droits hiérarchisés sur un même bien, le remettant demeurant le propriétaire de sa chose, et celui qui reçoit et accepte la chose en devenant le détenteur précaire. Elle crée une situation rendant possible un détournement frauduleux et, partant, un abus de confiance. En l'occurrence, tel est indubitablement le cas, le salarié n'ayant commis aucune violence ou aucun subterfuge pour se procurer la détention des documents litigieux, et ce n'est pas cette détention qui, en elle-même, va consommer l'infraction. En revanche, dès sa prise de possession des documents, son droit sur ces derniers était de nature précaire, c'est-à-dire qu'il était limité par la volonté de leur véritable propriétaire, qui n'entendait certainement pas qu'ils soient utilisés à son encontre dans un cadre judiciaire. Se pose alors la question de l'étendue de l'utilisation des documents par leur détenteur précaire et, à travers elle, celle du détournement, et non de la soustraction.

En vertu de l'article 544 du code civil, le propriétaire est le maître exclusif et absolu de sa chose. Seul, il peut en faire tous les usages et, s'il choisit d'en autoriser un usage à un tiers, il en reste le maître de principe, cet usage étant donc limité à ce qui a été concédé. En sortant de ce chemin préalablement et temporairement tracé, l'usager commet un détournement. Le détournement est donc avant tout un usage contraire à la volonté du propriétaire. Comme le souligne le professeur Vitu, « *détourner, c'est affecter l'objet confié à une destination autre que celle prévue lors de la remise* », c'est-à-dire celle qui a été voulue par le propriétaire. C'est pourquoi la jurisprudence précise que l'abus de confiance peut se caractériser par tout acte frauduleux qui empêche la victime d'exercer ses droits sur la chose ; tout agissement susceptible d'être fait par un propriétaire peut constituer un abus de confiance, du plus grave d'entre eux, l'acte de disposition, au plus anodin, l'acte de simple administration. En conclusion, c'est fort justement que le professeur Vouin explique que « *le détournement constitutif de l'abus de confiance, par opposition à l'acte de soustraction constitutif du vol, est plus une opération juridique qu'un acte physique ou matériel* ».

En l'espèce, le détournement a consisté en un transfert, par le salarié, des documents appartenant à son employeur sur sa messagerie personnelle. L'arrêt du 16 juin 2011 n'est donc qu'une confirmation supplémentaire de l'aptitude du système pénal à recevoir la dématérialisation des biens. A cet égard, il a déjà été démontré par ailleurs que l'objet proprement protégé par les incriminations en cause est, dans une telle situation, l'information, et non, comme semble une fois de plus l'affirmer la Cour de cassation, son support, le document. Il faut souligner également que la particularité du bien-information mène à la consécration d'un détournement «

électronique » dont il n'est, pour les raisons qui précèdent, sans doute pas nécessaire de dire s'il est de nature matérielle ou immatérielle.

Il ne reste alors qu'à tirer deux conséquences de cette décision. En premier lieu, contrairement à ce qui est souvent avancé, le fait justificatif prétorien d'exercice des droits de la défense par le salarié n'est pas propre au vol, mais à l'abus de confiance. En second lieu, cela ne signifie pas, pour autant, qu'il ne soit pas concevable de dématérialiser la soustraction. Si le salarié avait pris connaissance, par le biais d'une connexion informatique personnelle ou professionnelle, d'informations auxquelles son emploi ne lui donnait en principe pas accès, puis les avait appréhendées par l'entremise d'internet, d'un CD-ROM ou encore d'une clef USB, il y aurait bien eu soustraction. A ceux qui brandissent le spectre d'une déformation de l'incrimination de vol, la « préhension » se muant alors en « appréhension », il peut être rétorqué, d'une part, qu'il a toujours existé différentes formes de soustraction, une roue ne se volant pas comme la voiture à laquelle elle s'attache et, d'autre part, que la faiblesse, voire l'absence de contentieux en la matière - nous parlons du vol *stricto sensu* - démontre qu'il ne s'agira jamais de s'arroger le droit de réprimer celui qui regarde par le trou d'une serrure.

Doc. 14 : Crim., 21 juin 2011, n° 10-87.671, Droit pénal 2011, comm. 121, par Michel VÉRON

(...)

- Attendu qu'en l'état de ces énonciations, nonobstant le motif inopérant cité à la seconde branche du moyen, d'où il ressort que les dossiers "cotation" n'ont pas été emportés par le prévenu pour assurer sa défense dans un dossier prud'homal, la cour d'appel a caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit dont elle a déclaré le prévenu coupable et a ainsi justifié l'allocation, au profit de la partie civile, de l'indemnité propre à réparer le préjudice en découlant ;

- D'où il suit que le moyen ne saurait être admis ;

- Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

Par ces motifs

Rejette le pourvoi ;

(...)

Observation : Cet arrêt qui rejette le pourvoi formé par un prévenu condamné pour vol de documents appartenant à son employeur confirme une précédente décision (*Cass. crim., 9 juin 2009, n° 08-86.843, F-P+F : JurisData n° 2009-048950 ; Dr. pén. 2009, comm. 127 ; D. 2009, p. 1721, n° 9, obs. E. Degorce ; D. 2010, p. 306, note H. Kobina Gaba ; Gaz. pal. 2009, p. 2613, note S. Détraz ; RTD com. 2009, p. 814, obs. B. Bouloc*). On sait que la Cour de cassation considère qu'un salarié qui « soustrait » des documents appartenant à son employeur peut être justifié si la production de ces documents apparaît strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans la procédure qui l'oppose à son employeur. Mais, apportant une limite importante à ce fait justificatif, l'arrêt du 9 juin 2009 précisait qu'il ne pouvait être admis que dans le cadre d'une instance prud'homale. C'est cette limitation que cet arrêt du 21 juin 2011 confirme. La chambre criminelle rejette le pourvoi formé par un salarié condamné par une cour

d'appel pour vol au motif que les documents découverts en la possession du prévenu étaient bien plus nombreux que le seul document destiné à l'éventualité d'une production dans une instance prud'homale.

Doc. 15 : David DECHENAUD, « L'exercice des droits de la défense justifiant le vol de document commis par un salarié dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », RDLF 2012, chron. n°3 (www.revuedlf.com)

Depuis le milieu des années 2000, la Cour de cassation a développé une jurisprudence permettant à un salarié de soustraire des documents appartenant à son employeur pour les produire en justice dans un procès qui les oppose sans encourir une condamnation pour vol sur le fondement de l'article 311-1 du Code pénal (pour une analyse détaillée de l'origine et le développement de cette jurisprudence V., par ex., J. Lasserre-Capdeville, Les droits de la défense, nouvelle cause prétorienne d'irresponsabilité pénale : *Rev. pénit.* 2006, p. 537 et s. ; Y. Mayaud, Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale, in *Mélanges Gassin* : PUAM, 2007, p. 293 et s.). Cette solution s'appuie sur une jurisprudence constante depuis deux arrêts du 11 mai 2004 (Cass. crim., 11 mai 2004 : *Bull. crim.* 2004, n° 113 et 117 ; *JCP G* 2004, II 10124, note C. Girault ; *D.* 2004, p. 2327, note H.-K. Gaba ; *Rev. sc. crim.* 2004, p. 866 et s., obs. G. Vermelle ; *Rev. pénit.* 2004, p. 875, obs. J.-Ch. Saint-Pau ; *Dr. pén.* 2004, comm. 122, obs. M. Véron), rendus dans des affaires particulièrement typiques de ce genre de situations. Dans les deux espèces, un salarié avait été poursuivi pour avoir soustrait frauduleusement un document appartenant à son employeur, document qu'il avait ensuite produit à des fins probatoires devant le conseil de prud'hommes. Pour écarter la possibilité d'entrer en voie de condamnation, la Cour de cassation relève que « *les documents de l'entreprise dont la prévenue avait eu connaissance à l'occasion de ses fonctions et qu'elle a appréhendés ou reproduits sans l'autorisation de son employeur étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à ce dernier* » (Cass. crim., 11 mai 2004 : *Bull. crim.* 2004, n° 117, préc.). Autrement dit, l'exercice des droits de la défense justifie la commission d'une infraction, le texte pénal se trouvant alors neutralisé et, par conséquent, inapplicable.

Depuis 2004, l'application de ce nouveau principe, dont l'importance tant théorique que pratique n'a échappé ni à la doctrine ni aux défenseurs des salariés poursuivis, a donné naissance à une jurisprudence assez nourrie. Alors que la loi est silencieuse à ce sujet, cette œuvre prétorienne pourrait avoir une portée tout à fait considérable, en ce qu'elle tend à faciliter l'exercice des droits de la défense au cours du procès en autorisant un plaideur à aller jusqu'à commettre une infraction pénale pour établir la preuve de ce qu'il allègue. Les droits de la défense doivent sans nul doute être rangés parmi les principes directeurs du procès, et ils ont une valeur supra-législative incontestable (Cons. const. n° 76-70 DC du 2 déc. 1976 : *Rec.* p. 39). Cela suffit-il à expliquer qu'ils puissent neutraliser une infraction, faisant ainsi obstacle au prononcé d'une condamnation ? Une juridiction répressive peut-elle refuser d'appliquer un texte pourtant clair et précis au motif que cette application contrevient à un principe d'ordre constitutionnel ? C'est se poser la question de l'effet neutralisateur des droits de la défense, qui

se trouvent érigés en fait justificatif d'infraction pénale (1). Une fois cet effet admis, encore faudra-t-il s'interroger sur la portée de cette nouvelle cause de justification, dont le périmètre demeure incertain (2).

1- L'exercice des droits de la défense, cause de justification

Que l'exercice des droits de la défense puisse faire obstacle à l'application d'un texte répressif en accordant à l'auteur d'un délit une immunité le mettant à l'abri d'une sanction punitive ne va pas de soi. En effet, la loi se trouve alors neutralisée, sans que le législateur l'ait expressément prévu (comp., pour les journalistes et la violation du secret professionnel, L. 29 juill. 1881, art. 35, réd. L. n° 2010-1 du 4 janv. 2010). Est-ce dire que les principes à valeur constitutionnelle peuvent être dotés d'un effet direct, permettant aux juridictions d'écarter les textes législatifs qui lui seraient contraires ?

Principes constitutionnels et infractions pénales

Un tel raisonnement, qui rejoindrait les solutions admises s'agissant des conventions internationales ayant, précisément, un effet direct, est assez déroutant. Certes, dans de nombreux arrêts, la Cour de cassation a refusé d'appliquer des textes législatifs en prenant pour visa une des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cependant, tandis que l'existence de ce contrôle de conventionnalité est aujourd'hui reconnue, l'idée que la Cour de cassation puisse, même sans le dire, opérer un contrôle de constitutionnalité la conduisant à écarter un texte de loi contraire à un principe de valeur constitutionnelle semble assez hérétique. Or, les décisions rendues en matière de soustraction, par un salarié, de documents appartenant à son employeur, ne se fondent pas sur la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cela était pourtant envisageable, car l'article 6 de cette convention garantit le droit, pour tout accusé, de se « défendre ». En se fondant sur l'exercice, par le salarié, des « droits de la défense », la Cour de cassation paraît faire une application directe assez singulière du droit constitutionnel.

Cette particularité n'a pas échappé à la doctrine, qui s'est interrogée sur le mécanisme ainsi mis en œuvre (V., par ex., E. Dreyer, *Droit pénal général* : Litec, 2010, n° 1162). Les commentateurs des différents arrêts rendus en la matière ont proposé plusieurs analyses de ces décisions (comp., avant 2004, M. Segonds, L'appropriation de documents par un salarié contre le gré de son employeur constitue un vol, quelle qu'en soit la destination : *D.* 2000, chron. p. 120 et s.). Certains d'entre eux admettent que les droits de la défense se trouvent dotés, en raison de leur valeur supra-législative, d'un effet justificatif (S. Détraz, note sous Cass. crim. 16 juin 2011 : *JCP G* 2011, 1020). Mais majoritairement, la doctrine a analysé ces décisions comme faisant application d'un mécanisme de justification de source législative.

Les droits de la défense et les faits justificatifs d'infraction pénale

Pour plusieurs auteurs, la Cour de cassation ferait application de l'article 122-7 du Code pénal (B. de Lamy, obs. sous Cass. crim., 11 juin 2002 : *D.* 2002, somm. 318 ; M. Véron, obs. sous Cass. crim., 9 juin 2009 : *JCP E* 12 nov. 2009, 2055), selon lequel « *n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ». Autrement dit, il n'y aurait là qu'une manifestation particulière de l'état de nécessité, qui constitue un fait justificatif d'origine prétorienne dont l'existence a été expressément consacrée par le Code pénal de 1994. Ce raisonnement est particulièrement habile, en ce qu'il donne un fondement législatif solide

au mécanisme de neutralisation mis en œuvre par la Cour de cassation. Cependant l'application, en ces circonstances, du fait justificatif d'état de nécessité conduit à avoir une interprétation relativement compréhensive des notions de « *danger* » et de « *menace* » visées par l'article 122-7 du Code pénal (V. en ce sens Y. Mayaud, *art. préc.*), qui s'en trouvent même dénaturées. Ce fait justificatif, dans ses applications traditionnelles (sur lesquelles V., par ex., J. Pradel, *Droit pénal général* : Cujas, 18e éd., 2010, n° 339 et s.), autorise celui qui se trouve menacé par un péril qui ne peut pas être qualifié d'agression (phénomène climatique, etc.) à accomplir un acte ordinairement constitutif d'une infraction pour s'en prémunir (en fracturant une porte pour se protéger d'une tempête, par exemple). Il est bien difficile de considérer que le plaideur qui risque de perdre son procès se trouve dans une telle situation de péril.

Aussi une autre partie de la doctrine préfère-t-elle voir dans l'exercice des droits de la défense un fait justificatif *ad hoc* (J. Lasserre-Capdeville, *art. préc.* ; J. Pradel, *op. cit.*, n° 317 ; comp. X. Pin, *Droit pénal général* : Dalloz, 4e éd., 2010, n° 226), d'origine jurisprudentielle, distinct de ceux dont le Code pénal admet expressément l'existence (légitime défense, état de nécessité, etc.). D'ailleurs, on observera que les arrêts de la Cour de cassation qui se prononcent sur l'application de ce fait justificatif nouveau ne font aucune référence à l'article 122-7 du Code pénal. Il devient alors difficile de refuser d'admettre que la Cour de cassation fait une application directe d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, le respect des droits de la défense, ce qui la conduit à neutraliser un texte législatif pour éviter que son application ne porte atteinte audit principe. Quoiqu'il en soit, encore faut-il déterminer la portée de ce fait justificatif, et de ce point de vue également, les interrogations restent nombreuses.

2- La portée du fait justificatif d'exercice des droits de la défense

La portée du fait justificatif d'exercice des droits de la défense se précise au fil de la jurisprudence de la Cour de cassation. En particulier, deux arrêts récents, des années 2009 et 2011, ont apporté d'importantes précisions. Tandis que la première décision limite le fait justificatif aux litiges prud'homaux, la seconde admet que puissent être justifiées des soustractions préventives.

Un fait justificatif limité aux litiges prud'homaux

Le premier arrêt, en date du 9 juin 2009, limite l'application du fait justificatif d'exercice des droits de la défense à l'appréhension des documents réalisée pour assurer la défense du salarié « *dans un litige prud'homal* » (Cass. crim., 9 juin 2009 : *Rev. pénit.* 2009, p. 858, obs. S. Fournier ; *JCP E* 12 nov. 2009, 2055, obs. M. Véron ; *Gaz. Pal.* 21-25 août 2009, p. 10, note S. Détraz ; *D.* 2010, p. 306, note H.-K. Gaba ; *D.* 2009, p. 2825, obs. G. Roujou de Boubée ; *Rev. sc. crim.* 2010, p. 128, obs. E. Fortis ; *RTD com.* 2009, p. 814, obs. B. Bouloc ; M.-C. Sordino, Précisions sur le domaine du fait justificatif fondé sur les droits de la défense au profit du salarié : *Dr. pén.* 2010, ét. 6). Cela exclut donc les litiges d'une autre nature. La jurisprudence souhaite ainsi circonscrire de manière précise le champ d'application de cette cause d'exonération, afin d'éviter que les justiciables ne se livrent à ces soustractions de manière trop systématique. Cette décision s'inscrit donc dans une tendance plutôt restrictive. En l'espèce, le salarié ne fut pas admis à bénéficier de cette cause d'exonération, car il avait produit le document soustrait pour établir l'exception de vérité dans un procès en diffamation l'opposant à son employeur. En outre, dans ce même arrêt, la Cour de cassation réaffirme que cette soustraction doit être « *strictement nécessaire* » à l'exercice des droits de la défense. On peut aussi relever que dans une autre décision, la Cour a considéré que le fait justificatif ne pouvait

pas s'appliquer « dès lors que les documents découverts en [...] possession [du salarié] étaient bien plus nombreux que le seul qu'il destinait à [...] [l'] éventualité [d'une action en justice introduite à son encontre devant la juridiction prud'homale], et qui serait à même d'éclairer ladite juridiction sur les difficultés rencontrées avec son ancien employeur » (Cass. crim., 21 juin 2011 : n° 10-87.671).

Cette limitation du champ d'application du fait justificatif aux litiges prud'homaux s'explique par la volonté des magistrats de tenir compte spécifiquement des difficultés de preuve propres aux contentieux dans le domaine du travail. Ces décisions se veulent protectrices des salariés pris *ès qualités*. Mais cette restriction peut être discutée. En effet, si on considère qu'implicitement, ce sont les principes constitutionnels et européens garantissant les droits de la défense qui la fondent, ce fait justificatif devrait être généralisé à toute forme de procès.

Un fait justificatif étendu aux soustractions préventives

Par un arrêt du 16 juin 2011 (*JCP G* 2011, 1020, note S. Détraz ; *D.* 2011, p. 2254, note G. Beaussonie), la chambre criminelle de la Cour de cassation a choisi de s'inscrire dans une tendance plutôt permissive. Un salarié ayant pris connaissance du simple « projet » de licenciement le concernant, la soustraction des informations avait eu lieu alors que le litige prud'homal n'était pas encore engagé. Alors même que cette soustraction avait été opérée de manière préventive, la Cour de cassation admet que le fait justificatif puisse s'appliquer, le litige ayant été engagé « peu après ». Que décider alors si l'employeur renonce finalement à son projet de licenciement ? La Cour de cassation n'a pas encore été amenée à se prononcer sur cette délicate hypothèse.

Cette solution, consistant à permettre l'appréhension d'informations avant que le litige prud'homal soit né, est certainement fondée sur l'idée que le salarié n'a pas accès aux documents utiles pendant la procédure de licenciement. Il s'agit donc de lui permettre d'assurer sa défense d'une manière effective, en se pré-constituant des preuves. Cette justification pratique ne fait pas disparaître les interrogations théoriques. La soustraction demeure-t-elle, dans ces circonstances, « strictement nécessaire » à l'exercice des droits de la défense au moment où elle intervient ? Est-elle commise à l'occasion d'un litige prud'homal, ou simplement dans la perspective d'un tel litige ? En réalité, c'est le mobile poursuivi par l'auteur de l'infraction qui devient déterminant, ce qui surprend s'agissant d'un fait justificatif, par nature objectif (S. Détraz, note préc. sous Cass. crim. 16 juin 2011). De surcroît, les difficultés de preuve de ce mobile risquent de se révéler singulièrement aiguës.

Il reste, pour conclure, à se demander si la fin, bien que légitime, justifie l'emploi de tous les moyens, et si le nécessaire exercice des droits de la défense peut autoriser la commission de toute infraction. La jurisprudence développée par la Cour de cassation depuis 2004 concerne la soustraction de documents, donc le vol, et même, depuis 2011, le détournement de documents confiés par l'employeur à son salarié, donc l'abus de confiance (Cass. crim., 16 juin 2011 : *préc.* ; V. not. S. Détraz, *note préc.*). Mais un raisonnement comparable a pu être conduit au sujet, par exemple, du recel (Cass. crim., 11 juin 2002 : *Bull. crim.* 2002, n° 132 ; *JCP G* 2003, II, 10061, note E. Dreyer ; *Dr. pén.* 2002, comm. 135, obs. M. Véron ; *Rev. sc. crim.* 2002, p. 619, obs. J. Francillon et p. 881, obs J.-F. Renucci), ou encore de l'atteinte à l'intimité de la vie privée (lire not. J.-Ch. Saint-Pau, L'enregistrement clandestin d'une conversation : *Dr. pén.* 2008, ét. 17). Le point d'équilibre entre le nécessaire exercice des droits de la défense et le respect, tout autant nécessaire, des valeurs sociales protégées par les infractions ainsi

neutralisées risque d'être difficile à fixer, et il n'est pas certain qu'il soit bien du rôle de l'autorité judiciaire que de le déterminer.

Doc. 16 : Crim. 25 nov. 2014, n° 13-84414, Gazette du Palais, 24 février 2015 n° 55, p. 39 note Stéphane DETRAZ

- Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que M. X..., avocat, a porté plainte et s'est constitué partie civile des chefs de vol, faux et usage, reprochant à M. Y..., salarié du cabinet, d'avoir imité sa signature sur un écrit portant contrat d'achat de matériel informatique et dérobé des documents, en original et en photocopie ; qu'à l'issue de l'information, ouverte des chefs susvisés, le juge d'instruction a rendu une ordonnance de non-lieu, dont la partie civile a relevé appel ;
- Attendu que pour confirmer cette décision, l'arrêt prononce par les motifs repris au moyen ;
- Attendu qu'en l'état de ces énonciations, procédant de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve soumis au débat contradictoire, d'où il ressort que, d'une part, les éléments constitutifs du délit de faux n'étaient pas caractérisés, et que, d'autre part, informé du projet de son employeur de rompre son contrat de travail, M. Y...avait appréhendé, sous forme de photocopies, des documents dont il avait eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et qui étaient strictement nécessaires à la défense de ses intérêts dans le litige prud'homal l'opposant à M. X..., la chambre de l'instruction a justifié sa décision ;
- D'où il suit que le moyen ne saurait être accueilli ;
- Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;
- REJETTE le pourvoi ;

NOTE : La Cour de cassation confirme, par l'arrêt rapporté, que le délit de vol commis par un salarié menacé de congédiement peut être justifié par les droits de la défense (v. Cass. crim., 16 juin 2011, n° 10-85079 : salarié « avisé » du projet de licenciement). Elle approuve en effet une relaxe motivée par le fait que, « informé du projet de son employeur de rompre son contrat de travail, Monsieur Y avait appréhendé, sous forme de photocopies, des documents dont il avait eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et qui étaient strictement nécessaires à la défense de ses intérêts dans le litige prud'homal l'opposant à Monsieur X ». Mais un risque de dilution de ce fait justificatif spécial se constate, dès lors qu'il peut jouer dès le moment où l'intéressé est « informé » du projet de licenciement et que, à ce stade précoce, il peut être impossible pour lui de s'assurer que les documents qu'il appréhende sont « strictement nécessaires » à sa défense dans le litige prud'homal à venir (lui-même éventuel, qui plus est). En l'espèce, la cour d'appel s'était d'ailleurs bornée à observer que « c'est légitimement que le salarié a produit devant le conseil de prud'hommes les pièces strictement nécessaires à la défense de ses intérêts, dans la mesure où il estimait son licenciement abusif, tant en la forme qu'au fond, et où il apparaissait important dans cette perspective qu'il démontre ce qu'était selon lui l'étendue de ses attributions et les pratiques professionnelles en cours au cabinet qui l'employait ». Ce faisant, les juges raisonnent en outre, à tort, au regard de la production en justice des photocopies, alors que c'est à l'instant de la soustraction – donc en amont – que les

conditions de la justification doivent être réunies. Ils accordent par ailleurs une importance démesurée à l'état d'esprit de l'agent : les éléments du fait justificatif doivent exister objectivement, et non pas simplement dans son esprit.

Doc. 17 : Code pénal, versions successives de l'article 323-3

Article 323-3 du Code pénal

Le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé ou de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Article 323-3 du Code pénal

- **Modifié par LOI n°2014-1353 du 13 novembre 2014 - art. 16**

Le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé, d'extraire, de détenir, de reproduire, de transmettre, de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Article 323-3 du Code pénal

- **Modifié par LOI n°2015-912 du 24 juillet 2015 - art. 4**

Le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé, d'extraire, de détenir, de reproduire, de transmettre, de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende.

Doc. 18 : Soc. 31 mars 2015, D. 2015. 1384, obs. Nathalie SABOTIER

7 - Vol de documents de l'entreprise par un salarié dans le but de se défendre en justice

Une cour d'appel ne peut, pour s'opposer à la demande de destruction d'une copie de fichier effectuée par un salarié au moment de son licenciement, se fonder sur l'absence de démonstration par l'employeur d'un risque d'exploitation commerciale des documents ou d'une utilisation autre que celle qui a été faite dans la procédure prud'homale.

Dans le but de garantir au salarié un exercice effectif des droits de sa défense, la chambre sociale admet depuis de nombreuses années que « le salarié peut produire en justice, pour assurer sa défense dans le procès qui l'oppose à son employeur, les documents de l'entreprise dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ».

Pourtant, le fait pour un salarié de s'approprier des documents appartenant à l'employeur constitue un vol. La chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi jugé qu'« un préposé qui, détenant matériellement des documents appartenant à son employeur, fait, à des fins personnelles, des photocopies de ces documents sans l'autorisation de ce dernier se rend coupable de vol, quels que soient le mobile qui l'a inspiré, la valeur marchande des informations appréhendées et leur utilisation ultérieure ».

La position de la chambre sociale, en faveur de la recevabilité à titre de mode de preuve des documents dont le salarié peut avoir connaissance à l'occasion de ses fonctions, et celle de la chambre criminelle, pour qui ces mêmes documents pouvaient valoir au salarié une condamnation pour vol, étaient incompatibles et source d'une grande insécurité juridique.

Mais, « chaque chambre faisant en quelque sorte un pas vers l'autre », cette incompatibilité a pris fin par deux arrêts rendus au printemps 2004, la chambre sociale et la chambre criminelle adoptant une solution convergente, aux termes de laquelle elles ont décidé que le salarié est fondé à détenir et à produire en justice des documents appartenant à l'employeur, dès lors qu'ils sont « strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur ». C'est cette solution que rappelle l'arrêt du 31 mars 2015.

Dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, le salarié, au moment de son licenciement et avant de restituer l'ordinateur portable mis à sa disposition par l'employeur, avait effectué une copie de l'intégralité du disque dur de cet ordinateur. L'employeur avait sollicité la destruction de cette copie, ce qui lui avait été refusé pour les motifs ci-dessus rappelés. Faute de caractériser en quoi la copie du disque dur de son ordinateur portable professionnel était strictement nécessaire à l'exercice par ce salarié des droits de sa défense, une telle décision ne pouvait échapper à la censure. Et, en faisant peser sur l'employeur la charge de la preuve de l'utilisation du fichier à des fins autres que la défense du salarié dans le litige prud'homal, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, la chambre sociale précisant, à l'occasion de la présente décision, que c'est au salarié qu'il appartient de prouver le caractère strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans le cadre du litige qui l'oppose à l'employeur, des documents qu'il détient et dont il a eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions.

N. S.