Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Droit social et recevabilité de la preuve

Rosier, Karen

Published in:
La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques

Publication date:
2013

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Rosier, K 2013, Droit social et recevabilité de la preuve: quelques réflexions sur l'évolution de la jurisprudence en la matière . Dans *La preuve au carrefour de cinq disciplines juridiques.* Recyclage en droit, Numéro 3, Anthemis, Limal, p. 43-77.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 20. Apr. 2024

Droit social et recevabilité de la preuve : quelques réflexions sur l'évolution de la jurisprudence en la matière[1]

Karen Rosier
Maître de conférences à la Faculté de droit de l'Université de Namur
Chercheuse au Centre de recherche information, droit et société (CRIDS), Université de Namur
Avocate au barreau de Namur

Introduction

L'écartement automatique des preuves recueillies de manière irrégulière est remis en question par la mutation jurisprudentielle intervenue en la matière à la suite des arrêts *Antigone* et *Manon* de la Cour de cassation et qui a déjà fait couler beaucoup d'encre. Cette jurisprudence tend à mettre fin au principe du rejet systématique des preuves illicitement recueillies.

Son application tant en matière pénale[2] qu'en matière civile est désormais une réalité avec laquelle il faut, semble-t-il, compter. On doit toutefois constater qu'à l'heure actuelle, elle donne lieu à des solutions diverses en jurisprudence qui témoignent non seulement d'une approche au cas par cas de la problématique, mais également de lectures différentes de ce qu'implique le test des trois critères *Antigone*. On ne peut pas dire que cette jurisprudence résolve toutes les difficultés en la matière. Au contraire, elle laisse certainement un large pouvoir d'appréciation du juge et est source d'insécurité juridique.

Nous nous proposons de faire le point sur les implications « théoriques » de l'application de la jurisprudence et de tenter de brosser un tableau de la jurisprudence actuelle de la recevabilité des preuves en matière sociale, et plus particulièrement dans le cadre de l'exécution du contrat de travail (section 2). Il nous apparaît toutefois opportun de resituer au préalable cette problématique dans le droit de la preuve (section 1).

---

1 Ce texte a été publié, quasiment à l'identique, sous l'intitulé « Surveillance, vie privée et recevabilité de la preuve » au sein de l'ouvrage collectif *Discipline et surveillance dans la relation de travail*, S. Gilson (coord.), Limal, Anthemis, 2013, pp. 545-581.

2 Nous n'aborderons que peu l'application de la jurisprudence en matière pénale et nous ne traiterons pas de la loi du 24 octobre 2013 modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, dans la mesure où ces points sont traités par N. Colette-Basecqz et I. Bekhouche dans une autre contribution au sein du présent ouvrage.

Nous réfléchirons également à la conciliation entre droit au respect de la vie privée et droit à un procès équitable (section 3). Dans ce cadre, nous nous pencherons sur l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans une affaire *Köpke c. Allemagne* qui aborde les questions du droit de la surveillance et de la preuve dans le chef de l'employeur et les met en balance avec le droit au respect de la vie privée[3].

Section 1
Qu'entend-on par illicéité et irrecevabilité de la preuve ?

La licéité de la preuve intervient dans l'appréciation de la recevabilité de la preuve qui, elle-même, relève de la problématique de l'admissibilité de la preuve en justice. La question de la recevabilité ne se résume, en effet, pas à celle de la détermination des modes de preuve admissibles qui peut limiter les éléments de preuve pouvant être produits pour prouver. Elle inclut également l'exigence que la preuve n'ait pas été obtenue en violation de règles étrangères au droit de la preuve[4]. C'est dans ce cadre que se pose la question de la licéité de la preuve.

Il convient à cet égard de préciser que, sous le vocable d'illicéité, on évoque non seulement les preuves qui sont obtenues en violation de la loi, mais également celles recueillies de manière déloyale[5].

Sont considérées comme illégales les preuves obtenues par un acte contraire à la loi. Dans la matière qui nous occupe, il est généralement question de preuves obtenues en violation du droit au respect de la vie privée, que soient visés l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après, « C.E.D.H. »), l'article 22 de la Constitution, la loi du 13 juin 2005 qui consacre le secret des communications électroniques, la loi du 8 décembre 1992 qui s'applique aux traitements de données à caractère personnel ou encore les conventions collectives de travail qui encadrent certaines formes de surveillance sur les lieux du travail (C.C.T. n°s 68, 81, 89 et 100).

Par ailleurs, on parlera d'irrégularité dans l'obtention d'une preuve lorsque celle-ci est recueillie de manière déloyale. Bien que, comme le souligne Dominique Mougenot, la reconnaissance de cette exigence de loyauté comme principe général de droit n'ait été affirmée par la Cour de cassation qu'en matière

3 Cour eur. D.H., 5 octobre 2010, *Köpke c. Allemagne*, req. n° 420/07.

4 D. MOUGENOT, « *Antigone* face aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles », *D.A.-O.R.*, 2011, p. 240.

5 *Ibid.*

pénale[6], elle est considérée comme sous-jacente dans toute la matière des preuves[7].

À tout le moins, une partie de la doctrine distingue également la preuve illicite en soi (tel un faux en écriture constitué à des fins probatoires) et la preuve obtenue illicitement (preuve obtenue en violation du secret professionnel, par exemple)[8]. Selon ces auteurs, les preuves appartenant à la première catégorie seraient, en toute hypothèse, irrégulières, tandis que les preuves obtenues de manière illicite ne seraient irrégulières que lorsqu'elles sont produites par une personne impliquée directement ou indirectement dans l'irrégularité commise.

Enfin, il convient encore de distinguer la preuve « légale » (preuve dont l'obtention est spécialement réglementée pour en assurer la qualité technique, telles des conditions entourant la mesure du taux d'alcoolémie lors de contrôles routiers, par exemple) de la preuve « libre » qui n'est pas spécifiquement encadrée. La jurisprudence *Antigone* n'est pas applicable en cas de non-respect des modalités qui garantissent la qualité de la preuve, comme des mesures de maintenance technique imposées pour en garantir la fiabilité[9].

Section 2
Le point sur la jurisprudence *Antigone* sur la recevabilité des preuves illicites[10]

§ 1. Évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation : où en est-on ?

A. Le renversement de la règle : l'écartement des preuves illicitement recueillies devient l'exception en matière pénale

La règle antérieurement admise était, tant en matière civile qu'en matière pénale, le principe de l'exclusion des preuves illégales et irrégulières[11]. Elle émanait de la jurisprudence dès lors que la loi ne réglait pas le sort à réserver aux preuves

6 F. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *J.T.*, 2005, pp. 349 et 350; Cass., 4 avril 2001, R.G. n° P.99.1170.N; Cass., 5 mars 2003, R.G. n° P.03.0010.F.

7 D. MOUGENOT, « *Antigone* face aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles », *op. cit.*, p. 241.

8 B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *J.T.*, 2012, p. 166 et références citées; D. MOUGENOT, « *Antigone* face aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles », *op. cit.*, p. 240; B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, « Behoorlijk bewijs in burgelike zake – Over de geoorloofdheidsvereiste in the burgelijk beweisrecht », *R.W.*, 2002-2003, pp. 41 et s.

9 J. DE CODT, « Preuve pénale et nullités », *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, pp. 637-638; Cass. (2e ch.), 26 novembre 2008, R.G. n° P.08.1293.F.

10 Cette section s'inspire largement des développements consacrés à cette problématique *in* S. GILSON, K. ROSIER, A. FRANKART et M. GLORIEUX, « La preuve du motif grave », *in* S. GILSON (coord.), *Le congé pour motif grave*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 229 et s.

11 F. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *op. cit.*, p. 349.

illicites, sauf certains cas où le non-respect de formalités était sanctionné de nullité. La Cour de cassation avait, en effet, dans un arrêt du 10 décembre 1923 (arrêt *Recloux*), arrêté le principe selon lequel on ne peut utiliser comme preuve un élément qui est le fruit d'une illégalité commise[12]. La preuve doit être alors considérée comme nulle[13].

La Cour de cassation a progressivement assoupli sa jurisprudence en matière d'écartement des preuves irrégulièrement recueillies, en matière pénale dans un premier temps. Quelques arrêts rendus dans le courant des années 1990 avaient entendu ne plus exclure la recevabilité de la preuve obtenue irrégulièrement et transmise aux acteurs du monde judiciaire, lorsque l'acte illicite n'émanait pas des enquêteurs ou du dénonciateur, mais d'un tiers[14].

Dans son arrêt *Antigone* du 14 octobre 2003[15] rendu en matière pénale, la Cour de cassation opère un renversement de la règle de l'exclusion des preuves recueillies illicitement. Elle admet que le juge puisse avoir égard à des preuves recueillies illicitement, sauf dans les cas suivants : lorsque le respect de certaines conditions de forme est légalement prescrit à peine de nullité ; lorsque l'irrégularité commise entache la crédibilité de la preuve ; lorsque l'usage de cette preuve est contraire au droit à un procès équitable. Il s'agit des trois critères ou hypothèses de rejet automatique de la preuve[16].

B. *Antigone* devant la Cour européenne des droits de l'homme

Dans un arrêt *Lee Davies c. Belgique* du 28 juillet 2009, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur la jurisprudence *Antigone* de la Cour de cassation en rappelant sa jurisprudence antérieure sur la question de l'admissibilité de la preuve[17]. Selon cette jurisprudence, l'article 6 de la C.E.D.H qui consacre le droit à un procès équitable ne réglemente pas l'admissibilité des preuves en tant que telle, de sorte que cette matière doit être réglée en droit

12 Cass., 10 décembre 1923, *Pas.*, 1924, I, p. 66.

13 F. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *op. cit.*, p. 349 ; F. KÉFER, « *Antigone* et *Manon* s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve », *R.C.J.B.*, 2009, p. 333.

14 Cass., 17 janvier 1990, n° 7831 ; en ce sens, Cass., 17 avril 1991, *Rev. dr. pén.*, 1992, p. 94 ; Cass., 30 mai 1995, *Pas.*, 1995, p. 566.

15 Cass. (2e ch.), 14 octobre 2003, R.G. n° P.03.0762.N, concl. Av. gén. DE SWAEF.

16 Ces trois critères sont désormais repris quasiment à l'identique à l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale.

17 Cour eur. D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davis c. Belgique*, req. n° 18704/05, § 40 ; pour un commentaire de cet arrêt, voy. S. GILSON et K. ROSIER, « La preuve irrégulière : quand *Antigone* ouvre la boîte de Pandore : commentaire de l'arrêt *Lee Davies* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 28 juillet 2009 », *Chron. D.S.*, 2010, n° 6, pp. 289-292 ; N. COLETTE-BASECQZ, « L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable : la jurisprudence "Antigone" sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, pp. 324 et s.

interne[18]. La juridiction strasbourgeoise n'a donc pas, en principe, à examiner s'il y a, ou non, lieu de tenir compte d'une preuve obtenue de manière irrégulière. Elle estime que le fait d'admettre qu'elle est obtenue irrégulièrement n'entraîne pas nécessairement une violation du droit à un procès équitable.

Ceci dit, la Cour n'exclut pas que l'admissibilité d'une preuve obtenue de manière irrégulière puisse entraîner une violation du droit à un procès équitable. Elle indique, dans l'arrêt précité, qu'il lui revient d'examiner si la procédure a été « équitable », et ce, dans son ensemble[19]. Il en résulte que son examen peut à ce titre porter également sur la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis et sur l'illégalité en cause, qu'elle concerne le droit interne et/ou une disposition de la C.E.D.H.

Quant aux éléments qu'elle prend en compte pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, la Cour met en exergue le respect des droits de la défense, ce qui revient à déterminer si le justiciable s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation. La Cour indique également qu'il convient de tenir compte de « la qualité de l'élément de preuve, y compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de son exactitude » et de souligner que, « [s]i un problème d'équité ne se pose pas nécessairement lorsque la preuve obtenue n'est pas corroborée par d'autres éléments, il faut noter que lorsqu'elle est très solide et ne prête à aucun doute, le besoin d'autres éléments à l'appui devient moindre »[20].

C. Application de la jurisprudence *Antigone* en matière civile

Si la jurisprudence *Antigone* de la Cour de cassation s'est rapidement imposée en matière pénale, son application aux litiges civils suscita le débat[21].

Dans un premier temps, les juges du fond ont estimé cette jurisprudence inapplicable en matière civile[22], nonobstant l'arrêt dit *Manon* du 2 mars 2005, rendu en matière pénale, mais dans un contexte de relations de travail (puisqu'il était

18 Voy. notamment Cour eur. D.H., 12 juillet 1988, *Schenk c. Suisse*, req. n° 10862/84 ; Cour eur. D.H., 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c. Portugal*, req. n° 44/1997/828/1034 ; Cour eur. D.H., 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, req. n° 54810/01 ; Cour eur. D.H., 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, req. n° 35394/97, § 34.

19 Cour eur. D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davis c. Belgique*, req. n° 18704/05, § 41.

20 *Ibid.*, § 42.

21 Sur cette question, voy. F. HENDRICKX, « Privacy op het werk en bewijs van onrechtmatig gedrag : (spook) Antigoon in het arbeidsrecht ? », *R.D.S.*, 2006, pp. 659-704 ; I. VERHELST et N. THOELEN, « Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs », *Oriëntatie*, 2008, 8, pp. 197-208 ; F. KÉFER, *op. cit.*, p. 333.

22 Trib. trav. Liège (3e ch.), 19 mars 2008, R.G. n° 360.454, www.cass.be ; Trib. trav. Liège (3e ch.), 6 mars 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 498, note K. ROSIER et S. GILSON ; *J.L.M.B.*, 2008, p. 389 ; C. trav. Bruxelles (4e ch.), 9 janvier 2007, inéd., R.G. n° 45.657 ; Trib. trav. Bruxelles (3e ch.), 16 mars 2006, inéd., cité par F. GILLET, « Une preuve obtenue en violation des dispositions de la C.C.T. n° 68 est illicite, de même que l'aveu obtenu sur cette base », www.hrttoday.be. Pour une application de la jurisprudence de la Cour de cassation dans un litige civil, voy. cependant l'arrêt rendu par la cour d'appel de Mons le 2 mai 2005 (Mons [1re ch.], 2 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 438).

question de l'obtention d'une preuve en violation de l'information préalable requise par l'article 9 de la C.C.T. n° 68 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard de la surveillance par caméras sur le lieu du travail)[23].

Dans un arrêt du 10 mars 2008, la Cour de cassation semble étendre sa jurisprudence à la matière civile[24]. Il s'agissait toutefois d'un litige portant sur une sanction administrative dont on pourrait soutenir qu'elle a une nature pénale au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[25], de sorte que des doutes ont été émis sur le fait que cet arrêt impliquait que la jurisprudence *Antigone* soit étendue à tous les litiges civils[26].

Dans ce contexte s'est également posée la question de l'interprétation à donner à un arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 novembre 2008[27] qui, dans le cadre d'un litige portant sur la production en justice d'une lettre obtenue irrégulièrement, semble prendre le contre-pied de l'arrêt de la Cour du 10 mars 2008[28]. La Cour indique que, « [...] lorsqu'une partie entend produire en justice une lettre missive qui ne lui est pas destinée, il lui appartient, en cas de contestation, de faire la preuve qu'elle est régulièrement entrée en sa possession. En considérant que le demandeur, qui, avec d'autres, s'est saisi des lettres qu'il produit "pour en faire une copie irrégulière", "n'établi[t] pas qu'[il a] la possession régulière de [celles-ci]", l'arrêt, qui, s'il impute au demandeur un usage abusif desdites lettres, ne constate pas de vol d'usage et qui ne se fonde ni sur le secret des lettres ni sur le caractère confidentiel de celles dont il s'agit, motive régulièrement et justifie légalement sa décision de les écarter des débats ».

Plusieurs auteurs expliquent l'absence d'allusion à la jurisprudence *Antigone* par le fait que la Cour s'est limitée à répondre aux griefs formulés dans le pourvoi et qui ne visaient pas la question de l'écartement des débats d'une preuve irrégulière, de sorte que la Cour ne prend position que sur la nécessité pour le juge de devoir constater l'existence d'un vol d'usage ou de se fonder sur la violation du secret des lettres ou d'un devoir de confidentialité pour justifier la décision

[23] Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 211, concl. Av. gén. D. VANDERMEERSCH, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1086, note M.-A. BEERNAERT.

[24] Cass., 10 mars 2008, *Orientations*, 2008, p. 172, note I. PLETS ; *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note R. DE BAERDEMAEKER.

[25] Voy. en ce sens : C. trav. Liège, 22 janvier 2008, R.G. n° 7968/05, www.cass.be ; C. trav. Liège, 18 décembre 2008, R.G. n° 35.467/08, www.cass.be ; M. DELANGE, « Le mesures d'exclusion en matière de chômage après l'arrêté royal du 29 juin 2000 sur la réforme des sanctions administratives », *Chron. D.S.*, 2002, p. 485.

[26] D. MOUGENOT, « Humphrey Bogart au XXIe siècle : la preuve par production d'un rapport de détective privé », *R.R.D.*, 2008, p. 246 ; J. VAN DONINCK, *Onrechtmatig bewijs in civiele zaken – Willen wij de waarheid ?*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 13-14.

[27] Cass. (3e ch.), 10 novembre 2008, *J.T.T.*, n° 1026, 2/2009, p. 18.

[28] Les réflexions relatives à cet arrêt sont reprises d'une contribution publiée par les auteurs S. GILSON et K. ROSIER (« La preuve irrégulière : quand *Antigone* ouvre la boîte de Pandore. Commentaire de l'arrêt *Lee Davies* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 28 juillet 2009 », *op. cit.*, pp. 290-291).

d'écartement des débats[29]. Ceci étant, on pourrait lire l'arrêt comme impliquant qu'il suffit que le juge du fond ait pu constater qu'une partie soumettant une lettre qui ne lui était pas destinée n'établissait pas être régulièrement entrée en possession de celle-ci pour justifier l'écartement de la preuve, et ce, sans avoir égard aux critères dégagés par la jurisprudence *Antigone*. Plus spécifiquement, et contrairement à ce que préconise l'arrêt du 10 mars 2008, l'arrêt du 10 novembre 2008 n'exige en effet pas que le juge du fond justifie, au regard de ces critères, l'écartement des preuves qu'il décide. Kathleen Van Kildonck, tout en admettant cette interprétation, observe que cette différence d'orientation peut trouver à s'expliquer dans le fait que l'arrêt du 10 mars 2008 a été rendu par la section néerlandaise de la troisième chambre de la Cour de cassation, tandis que l'arrêt du 10 novembre 2008 a été rendu par la section française de cette chambre, ce qui pourrait laisser penser que cette dernière s'opposerait à une extension de la jurisprudence *Antigone* à la matière civile[30]. Ceci dit, nous n'avons pas identifié d'arrêt ultérieur rendu par une chambre francophone susceptible de confirmer ou d'infirmer cette interprétation.

Quoi qu'il en soit, on ne peut manquer de constater que la jurisprudence *Antigone* semble se développer en droit social après une réticence des juges du fond. Plusieurs juridictions ont ainsi fait application de la jurisprudence *Antigone* dans des litiges en matière sociale[31]. Dans un arrêt du 8 décembre 2010, la Cour du travail de Mons mentionne d'ailleurs expressément que « les enseignements issus de cet arrêt du 10 mars 2008 trouvent à s'appliquer dans le cadre d'un litige relatif à la rupture de relations contractuelles entre un travailleur et son employeur. Il n'y a en effet pas lieu de considérer que ces enseignements seraient limités au contentieux de la sécurité sociale »[32].

Il est à noter que cette position a été rejetée par la deuxième chambre de la Cour de travail de Bruxelles dans un arrêt du 7 février 2013[33] dans un litige qui opposait employeur et employé à propos de la production d'un courriel privé dont la Cour considérait qu'il a été obtenu de manière irrégulière. La Cour rappelle tout d'abord les interrogations d'une partie de la doctrine quant à la

[29] F. KÉFER, « *Antigone* et *Manon* s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve », *op. cit.*, p. 342. Dans le même sens : B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *op. cit.*, p. 174.

[30] K. VAN KILDONCK, « Privacy werknemers. Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk », *NjW*, 2010, n° 218, p. 182.

[31] Voy. notamment : C. trav. Mons (2e ch.), 14 septembre 2009, *R.R.D.*, 2008, p. 555 ; C. trav. Gand (sect. Bruges, 2e ch.), 28 juin 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 366 ; C. trav. Liège (9e), 20 septembre 2010, R.G. n° 2007/AL/34.907, www.cass.be ; *Orientations*, n° 9, 2010, note B. PATERNOSTRE, p. 27 ; *J.L.M.B.*, 40/2010, p. 1899 ; C. trav. Liège (sect. Namur, 13e ch.), 8 mars 2011, *Chron. D.S.*, 08/2011, p. 404, note ; C. trav. Bruxelles (6e ch.), 2 mai 2011, inéd., R.G. n° 2009/AB/52260.

[32] C. trav. Mons (8e ch.), 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715 ; *Chron. D.S.*, 2011, p. 399, note O. RIJCKAERT.

[33] C. trav. Bruxelles (2e ch.), 7 février 2013, *J.T.*, 2013, p. 262, note D. MOUGENOT.

portée à donner à l'arrêt du 10 mars 2008[34]. Elle relève que les termes employés dans cet arrêt se réfèrent clairement à la recherche d'une infraction et constate que les critères énoncés par la Cour de cassation dans son arrêt du 10 mars 2008 sont conçus pour le droit pénal. Ensuite, la Cour fait siennes des considérations que nous avions développées dans une précédente contribution corédigée avec Steve Gilson et dans lesquelles nous nous interrogions sur la manière de transposer ces critères en matière sociale en ces termes : « En matière sociale, faut-il entendre pour la Cour de cassation que tous les modes d'instauration des atteintes à la vie privée (impliquant notamment publicité et consultation des travailleurs) seraient accessoires et que leur non-respect n'entraînerait qu'une irrégularité "purement formelle"? S'il faut réellement utiliser ces critères issus du droit pénal et les transposer, n'y a-t-il pas lieu d'avoir égard au fait que, bien souvent, l'employeur commet intentionnellement l'acte illicite pour se constituer la preuve des griefs qu'il formule envers un travailleur et qui justifieront, par exemple, un congé pour motif grave? Par ailleurs, qui établira la hiérarchie des manquements respectifs (voy. "la circonstance que [la] gravité de l'infraction dépasse de manière importante l'illicéité commise" ou encore "le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction") surtout en matière civile lorsque l'on se trouve en dehors de toute idée d'une "juste répression"? Le droit de surveillance de l'employeur l'emporterait-il systématiquement sur la protection de la vie privée du travailleur dès lors qu'il permet d'assurer la protection de droits qui seraient jugés plus fondamentaux, comme le droit de propriété[35] ? »

La Cour du travail considère que « la Cour de cassation n'a certainement pas voulu qu'un employeur puisse impunément porter atteinte à des droits et à des libertés aussi fondamentaux que ceux garantis par les dispositions légales rappelées plus haut, ainsi qu'à la C.C.T. n° 81, à seule fin de pouvoir établir un motif grave qu'aurait commis un travailleur et qui n'est même pas constitutif d'une infraction pénale, d'autant plus que l'employeur n'est pas une "autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions" ». Elle ne fera donc pas application de la jurisprudence *Antigone* dans le litige. Une telle position de rejet de l'application de la jurisprudence *Antigone* avait été adoptée dans un arrêt du 5 novembre 2009 par cette même deuxième chambre de la Cour du travail de Bruxelles[36].

[34] Notamment : R. De Baerdemaeker, note sous Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 585 ; K. Rosier et S. Gilson, « La preuve irrégulière : quand *Antigone* ouvre la boîte de Pandore », *op. cit.*, p. 289 ; D. Mougenot, « Humphrey Bogart au XXIe siècle : la preuve par production d'un rapport de détective privé », *op. cit.*, p. 246.

[35] K. Rosier et S. Gilson, « La preuve irrégulière : quand *Antigone* ouvre la boîte de Pandore », *op. cit.*, p. 291.

[36] C. trav. Bruxelles (2e ch.), 5 novembre 2009, R.G. n° 2009/AB/52381, www.cass.be.

Nous avons également relevé quelques décisions antérieures qui n'ont pas fait application de cette jurisprudence[37].

§ 2. Quels sont les critères retenus par la jurisprudence *Antigone* pour rejeter la preuve irrégulière ?

A. Que recouvrent les trois critères *Antigone* ?

1. Premier critère : une formalité prévue à peine de nullité

Le premier critère qui doit conduire à exclure une preuve recueillie irrégulièrement est celui du non-respect de certaines conditions de forme légalement prescrites à peine de nullité.

Dans le contexte d'un licenciement pour motif grave, l'essentiel de la jurisprudence sur la question de la recevabilité des preuves se concentrait sur la violation du droit au respect de la vie privée, que ce soit à l'occasion de la prise de connaissance d'une correspondance, de la fouille, de la vidéosurveillance ou encore de la prise de connaissance de communications électroniques. Dans ce cadre, l'hypothèse d'une violation d'une exigence formelle prévue à peine de nullité est, à l'heure actuelle, inexistante. Pas plus que l'article 8 de la C.E.D.H. ou que l'article 22 de la Constitution, les réglementations particulières, telles que les C.C.T. nos 81, 68, 89, 100 ou encore la loi du 8 décembre 1992 relative au traitement de données à caractère personnel, ne prévoient de sanction de nullité en cas de non-respect des formalités qu'elles imposent.

Il est à souligner que la jurisprudence *Antigone* vient *a posteriori* définir des critères de recevabilité des preuves qui n'ont pas été pris en compte par le législateur lorsque des formalités ont été prévues pour assurer l'encadrement de certaines ingérences dans la vie privée des personnes concernées.

Dans le cadre d'une procédure devant la Cour constitutionnelle, la question d'une éventuelle discrimination avait été soulevée à cet égard[38]. Le prévenu qui invoquait l'illégalité du contrôle d'identité dont il avait fait l'objet faisait valoir, selon les termes de la Cour constitutionnelle, que « les dispositions du Code d'instruction criminelle ne témoignent pas d'une approche cohérente de la doctrine des nullités de la part du législateur. Certaines dispositions dont le respect est prescrit à peine de nullité n'ont, selon lui, aucun lien avec les droits fondamentaux, alors que le respect d'autres dispositions qui garantissent, elles, des droits fondamentaux n'est pas prescrit à peine de nullité. En outre, certaines dispositions dont le respect est prescrit à peine de nullité garantiraient les

[37] C. trav. Mons, 15 décembre 2008, *R.R.D.*, 2008, p. 237, note D. Mougenot ; C. trav. Bruxelles (2e ch.), 5 novembre 2009, R.G. n° 2009/AB/52381, www.cass.be. Pour une non-application de la jurisprudence dans un litige de concurrence déloyale relevant du droit commercial : Gand, 22 mars 2010, R.G. n° 2008/AR/476, www.cass.be.

[38] C.C., 22 décembre 2010, n° 158/2010.

mêmes droits fondamentaux que d'autres dispositions dont le respect n'est pas prescrit à peine de nullité. Cette incohérence se retrouverait également dans la législation spéciale. »[39]

Il est exact que le choix de la sanction de nullité prévue dans certains cas d'ingérence dans la vie privée n'aura sans doute pas été guidé par la gravité éventuelle de l'ingérence ou de l'importance du droit concerné, de sorte qu'il peut paraître inapproprié de retenir ce critère pour exclure une preuve. La Cour constitutionnelle estime, pour sa part, qu'il n'y a pas de violation des articles 10 et 11 de la Constitution, relevant concomitamment que le juge peut, en cas d'absence de sanction de nullité, ne pas prendre en compte la preuve obtenue – en méconnaissance de cette disposition – si l'illicéité commise devait affecter la fiabilité de la preuve ou si l'utilisation de la preuve devait conduire à une violation du droit de l'intéressé à un procès équitable, garanti par l'article 6.1 de la C.E.D.H[40].

Comme le soulignent plusieurs auteurs, ce critère de la nullité peut toutefois paraître peu pertinent en matière civile, puisque les articles 861 et 867 du Code judiciaire qui s'appliquent également aux actes de procédure établis à des fins probatoires permettent, dans nombre de cas, la couverture de la nullité[41].

2. *Deuxième critère : la fiabilité d'une preuve*[42]

La jurisprudence *Antigone* évoque l'écartement d'une preuve lorsque l'irrégularité commise entache la crédibilité de celle-ci. On rencontre également dans d'autres arrêts le terme « fiabilité ».

a) La fiabilité en tant qu'élément de recevabilité et non d'appréciation de la valeur probante

On serait tenté *a priori* de réduire la question de la fiabilité à celle de la force ou de la valeur probante d'une preuve[43]. Ainsi, on pourrait se demander si le critère de fiabilité trouverait un terrain d'application privilégié dans le cadre des preuves issues des technologies des communications électroniques qui sont perçues comme plus aisément manipulables et moins sûres.

39 *Ibid.*, n° A.10.3.

40 *Ibid.*, n° B.14.

41 B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *op. cit.*, p. 170 ; D. MOUGENOT, « *Antigone* face aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles », *op. cit.*, p. 249.

42 Certaines parties du texte de cette section s'inspirent ou reproduisent des sections d'une contribution rédigée par K. ROSIER et intitulée « Réflexions sur les courriers électroniques et les pages Web comme éléments de preuve dans la relation de travail », *in Le droit du travail à l'ère du numérique*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 483 et s.

43 Dans un arrêt du 3 avril 2012, « la crédibilité et la fiabilité de la preuve ne peuvent être examinées par la juridiction d'instruction dès lors que cela concerne l'appréciation de la valeur probante qui revient exclusivement au juge du fond » (Cass., 3 avril 2012, R.G. n° P.11.2095.N).

Il nous semble que tel n'est pas le cas. Il convient de distinguer la fiabilité entachant la valeur probante d'un élément de preuve et qui permettrait au juge de considérer que la preuve n'est pas apte à emporter sa conviction et une irrégularité qui serait de nature à entamer la crédibilité d'un élément de preuve et qui pourrait conduire à l'écartement pur et simple de celui-ci des débats. En effet, tel que circonscrit, le critère de la fiabilité est lié non pas au support de la preuve (courriel, information recueillie sur internet), mais à l'impact que l'irrégularité a pu avoir sur la qualité de la preuve.

Pour ce qui concerne la question de la valeur probante d'une preuve, il est utile de rappeler que celle-ci réside dans son aptitude à emporter la conviction. Le juge apprécie librement la valeur probante des éléments qui lui sont soumis[44] et qui peut être fonction de la force probante que lui attache la loi. La force probante d'un élément de preuve est, quant à elle, fonction de la valeur légale des procédés de preuve admis et hiérarchisés dans le cadre du système de preuve réglementé tel que celui du droit civil[45].

Pour prendre l'exemple des courriers électroniques, ceux produits aux débats en matière sociale ne le sont, à notre connaissance, généralement pas dans le format original de courriels, c'est-à-dire tels qu'on pourrait les consulter dans une boîte de courrier électronique, mais ils sont matérialisés sous la forme d'une impression sur papier du courriel (*outprint*). Il s'agit d'ailleurs principalement de courriers électroniques dépourvus de toute signature électronique au sens de l'article 1322 du Code civil. Il existe très peu de jurisprudence remettant en cause la valeur probante d'un courriel. Nous épinglons toutefois un arrêt de la Cour d'appel de Gand du 10 mars 2008 qui avait à se prononcer sur cette question[46]. Dans un litige en matière commerciale, l'entreprise à qui on réclamait le paiement de factures invoquait, pour s'opposer au règlement de celles-ci, l'existence d'un accord formalisé par l'envoi de plusieurs courriels. Elle produisait des *outprints* de courriels. Le créancier, un consultant qui effectuait des prestations au sein de cette entreprise, faisait valoir qu'il n'avait jamais reçu lesdits courriers et que ceux-ci avaient été fabriqués de toutes pièces pour les besoins de la cause. En première instance, un expert avait été désigné et avait conclu que, dès lors que l'entreprise utilisait un système de messagerie interne, elle disposait de la possibilité technique de manipuler ledit système et qu'il ne pouvait garantir que les courriels avaient effectivement été reçus par le consultant. La Cour a estimé qu'en l'espèce, les *outprints* de courriels n'avaient aucune valeur probante.

44 N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 33.

45 Voy., à cet égard, S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit du travail » *in La preuve. Questions spéciales*, CUP, vol. n° 99, Liège, Anthemis, 2008, pp. 244-245.

46 Gand (7e ch. *bis*), 10 mars 2008, *D.A.-O.R.*, 2009, n° 91, p. 314, note E. MONTERO.

Dans un tel cas, le juge n'écarte pas l'élément de preuve, mais constate l'absence de valeur probante de celui-ci pour former sa conviction.

On peut dès lors se demander dans quels cas concrètement la question de la fiabilité de la preuve pourrait conduire à un écartement de celle-ci suivant le second critère *Antigone*. On pourrait penser à des procédés qui ont pour conséquence de permettre une manipulation de la preuve, soit encore d'induire un comportement ou des propos de manière orientée, ce qui rejoint l'hypothèse de la provocation. Benoît Allemeersch évoque les aveux obtenus sous la contrainte physique ou morale[47].

Ceci dit, la question de la fiabilité n'est pas fondamentalement distincte de la préoccupation du droit au respect à un procès équitable, qui ne se limite pas à la phase du procès, mais également à la manière dont les preuves sont recueillies[48]. La question de la fiabilité des preuves participe à cette exigence dans la mesure où il serait contraire à l'article 6.1 de la C.E.D.H. qu'une personne puisse être condamnée sur la foi de preuves douteuses. C'est d'ailleurs ce qu'affirme la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Lee Davies* du 28 juillet 2009[49]. Dans cet arrêt, la Cour examine les circonstances dans lesquelles la preuve a été recueillie, et ce, dans la perspective de vérifier la fiabilité de la preuve et son exactitude au regard des circonstances dans lesquelles elle a été obtenue. Elle constate à cet égard que le caractère inéquitable du procès pourrait naître non seulement d'une impossibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation (hypothèses peu probables eu égard au système judiciaire belge), mais également du fait que l'élément de preuve est faible ou douteux. Dans un arrêt du 3 octobre 2012, la Cour de cassation énonce d'ailleurs que « [l]e droit au procès équitable s'apprécie par rapport à l'ensemble de la procédure, en recherchant si les droits de la défense ont été respectés, en examinant si la personne poursuivie a eu la possibilité de contester l'authenticité des preuves et de s'opposer à leur utilisation, en vérifiant si les circonstances dans lesquelles les éléments à charge ont été obtenus jettent le doute sur leur crédibilité ou leur exactitude, et en évaluant l'influence de l'élément de preuve obtenu irrégulièrement sur l'issue de l'action publique »[50]. Loin d'en faire un critère distinct, la Cour de cassation semble donc inscrire en fin de compte la crédibilité de la preuve dans l'appréciation du respect du droit à un procès équitable.

47 B. Allemeersch et S. Ryelandt, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *op. cit.*, p. 168.

48 Voy., en ce sens, J. de Codt, « Des précautions à prendre par la loi pour que le citoyen coupable ne soit frappé par elle », *J.T.*, 2008, p. 652.

49 Cour eur. D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davis c. Belgique*, req. n° 18704/05.

50 Cass. (2e ch.), 3 octobre 2012, R.G. n° P.12.0709.F.

b) Cas d'application en jurisprudence

Parmi les premières décisions qui se réfèrent expressément aux critères *Antigone*, nous relevons une décision du 3 février 2009 du Tribunal du travail d'Audenarde qui conclut à l'absence de fiabilité de la preuve dès lors que les données de connexion à l'internet ont été recueillies sans respecter les dispositions de la C.C.T. n° 81 et sans l'intervention d'un tiers neutre (tel un huissier) susceptible de garantir le respect d'un constat contradictoire[51]. C'est aussi le caractère non contradictoire d'une fouille d'une armoire-vestiaire opérée sans le consentement de la travailleuse concernée qui amène la Cour du travail de Bruxelles à considérer, dans un arrêt du 2 mai 2011, que les preuves recueillies ne sont pas fiables[52].

Concernant l'hypothèse d'une provocation, Fabienne Kéfer relève plusieurs décisions qui ont conclu à l'absence de fiabilité de la preuve en raison du fait que la preuve avait été obtenue à la suite d'une provocation vis-à-vis de la personne à qui on oppose la preuve[53]. Il s'agit d'une appréciation au cas par cas.

À titre d'illustration de la variabilité des appréciations dans cette problématique, nous épinglons l'arrêt de la Cour d'appel de Mons du 2 mars 2010[54]. La Cour avait à connaître d'un litige portant sur la recevabilité à titre de preuve d'un rapport de détective privé établi dans des circonstances particulières. L'IPI (Institut professionnel des agents immobiliers), soupçonnant une personne d'exercer la profession sans avoir l'agréation nécessaire, et ce, en lieu et place de sa compagne qui, elle, était détentrice de cette agréation, avait chargé un détective privé de vérifier ce qu'il en était. Celui-ci, se faisant passer pour un client potentiel, rapporta que c'est la personne soupçonnée d'imposture qui répondait effectivement à ses diverses demandes d'informations. La Cour considérera que l'intervention du détective privé doit demeurer compatible avec le droit au respect de la vie privée et avec la loi du 8 décembre 1992 qui impose une obligation d'information de la personne concernée, préalablement à la mise en œuvre du traitement par le détective privé[55]. En l'espèce, le détective privé avait celé son identité véritable et n'avait pas fourni d'information sur ce qu'il entendait faire des réponses obtenues aux questions posées à la personne concernée. La Cour a estimé que « cette illégalité ne pourrait être couverte dès lors qu'elle conduit en l'espèce à une méconnaissance des principes relatifs au procès équitable, notamment dans la mesure où F. H. (ndlr : la personne contactée par le détective),

51 Trib. trav. Audernarde (1re ch.), 3 février 2009, *Chron. D.S.*, 2010, p. 396.

52 C. trav. Bruxelles (6e ch.), 2 mai 2011, inéd., R.G. n° 2009/AB/52260.

53 F. Kéfer, « *Antigone* et *Manon* s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve », *R.C.J.B.*, 2009, p. 344.

54 Mons (14e ch.), 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 296, note D. Mougenot.

55 Il s'agit à tout le moins de l'existence d'un traitement portant sur ses données, des finalités de celui-ci, ainsi que de l'identité et des coordonnées du responsable de traitement (art. 9, § 1er, de la loi du 8 décembre 1992).

d'une part, n'a pas été mis en mesure d'identifier la "personne" rencontrée par le détective et de pouvoir ainsi apporter des éléments de contradiction avec les propos rapportés et, d'autre part, n'a été à aucun moment informé du but réel du coup de téléphone passé par un prétendu amateur dans un contexte relevant de la provocation ». Elle a dès lors décidé d'écarter le rapport du détective privé des débats[56]. Dans cette affaire, alors qu'il est question d'une forme de « provocation », l'impact sur la fiabilité de la preuve n'est toutefois pas spécifiquement évoqué. La Cour ne se prononce d'ailleurs pas en faisant référence à la jurisprudence *Antigone*.

On relèvera toutefois une décision qui, dans des circonstances comparables, et tout en situant la question sur le plan de la recevabilité de la preuve, ne remet pas en cause la fiabilité d'un enregistrement vidéo et audio réalisé à l'insu de la personne concernée. Il s'agit d'un arrêt du 14 septembre 2009 de la Cour du travail de Mons[57] qui se prononce sur le sort à réserver à une preuve obtenue par l'usage d'une caméra cachée par un travailleur. Le travailleur soutenait avoir été licencié verbalement, sans avoir pu obtenir une notification écrite de ce licenciement. Pour établir la preuve que le contrat avait pris fin à l'initiative de son employeur, le travailleur avait, entre autres éléments, soumis à la Cour un enregistrement vidéo et sonore d'un entretien au cours duquel l'administrateur délégué avait confirmé, sur interpellation du travailleur, la décision de le licencier. La Cour considérera que « [...] la production de cet enregistrement ne compromet pas en l'espèce le droit au procès équitable dans le chef de l'employeur dans la mesure où il demeure à même de contester la véracité ou la pertinence de la preuve produite, voire d'établir que cet enregistrement viole la sphère de ses intérêts personnels et de revendiquer la protection de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par l'écartement de la preuve illégalement recueillie »[58].

3. *Troisième critère : le droit à un procès équitable*

L'application de ce critère implique que le juge apprécie « l'admissibilité d'une preuve obtenue illicitement à la lumière des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, compte tenu des éléments de

[56] Sans se référer toutefois à la jurisprudence *Antigone*.

[57] C. trav. Mons (2e ch.), 14 septembre 2009, *R.R.D.*, 2009, p. 535.

[58] Voy., dans le même sens, dans un litige portant sur la production d'un enregistrement vidéo réalisé par un détective privé à la demande d'une compagnie d'assurances et produit dans le cadre d'une expertise médicale, le jugement du Tribunal du travail de Charleroi du 16 juin 2010 (Trib. trav. Charleroi [1re ch.], 16 juin 2010, *Bull. ass.*, 2010, n° 372, pp. 292-296). Le tribunal estime que, bien que l'absence de communication des images enregistrées avant la séance d'expertise où elle a été produite soit critiquable, voire déloyale, le principe du contradictoire a été respecté dès lors que l'existence de l'enregistrement a été portée à la connaissance de cette personne qui a, par ailleurs, eu la possibilité de la visionner et de la critiquer durant cette séance.

la cause prise dans son ensemble, y compris le mode d'obtention de la preuve et les circonstances dans lesquelles l'illicéité a été commise »[59].

Tant au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[60] que de celle de la Cour de cassation[61], le fait que l'irrégularité implique la violation d'un droit fondamental tel que celui consacré par l'article 8 de la C.E.D.H. ne fait pas, en soi, obstacle à sa prise en compte dans le cadre d'une procédure en raison d'une violation du droit à un procès équitable. Nous y reviendrons sous la section 3.

On peut donc se demander quelles sont les hypothèses dans lesquelles une irrégularité dans la collecte de la preuve pourrait impliquer une violation du droit à un procès équitable.

Benoît Allemeersch et Sébastien Ryelandt rappellent que ce droit recouvre « un grand nombre de garanties procédurales spécifiques, telles que le droit d'accès à un juge désigné par la loi, le droit à une procédure prévisible, les droits de la défense, le droit à une procédure équitable, le droit à une procédure contradictoire, le droit à une décision motivée, la publicité des débats et du prononcé, l'égalité des armes ou le droit à un traitement de sa cause dans un délai raisonnable »[62].

Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne, et notamment de l'arrêt *Lee Davies*, le principal critère dégagé à propos de l'admissibilité d'une preuve irrégulière est la possibilité de remettre en question une preuve obtenue irrégulièrement dans le cadre de la procédure, ce qui est en général le cas dans les décisions rendues en matière sociale qui se prononcent sur cette question. Aussi, nombre de décisions de fond relèvent que, dès lors que la partie qui soulève le problème de l'illicéité de la preuve a la possibilité d'en débattre dans le cadre de la procédure, il n'y a pas de violation du droit à un procès équitable[63].

Certains auteurs envisagent l'hypothèse de la rupture du principe de l'égalité des armes dans l'hypothèse où l'une des parties pourrait raisonnablement invoquer qu'admettre que la partie adverse produise des preuves obtenues de

[59] Cass. (2e ch.), 23 mars 2004, n° P.04.0012.N.

[60] Voy. Cour eur. D.H., 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, req. n° 35394/97; Cour eur. D.H., 25 septembre 2001, *P.G et J.H. c. Royaume-Uni*, req. n° 44787/98; Cour eur. D.H., 5 novembre 2002, *Allan c. Royaume-Uni*, req. n° 48539/99; Cour eur. D.H., 1er mars 2007, *Heglas c. République tchèque*, req. n° 5935/02; Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, req. n° 4378/02.

[61] Voy. Cass. (2e ch.), 16 novembre 2004, R.G. n° P.04.0644.N/1; Cass. (2e ch.), 16 novembre 2004, R.G. n° P.04.1127.N/1; Cass. (2e ch.), 2 septembre 2009, R.G. n° P.09.0960.F/1.

[62] B. Allemeersch et S. Ryelandt, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *op. cit.*, p. 169.

[63] C. trav. Mons (2e ch.), 14 septembre 2009, *R.R.D.*, 2008, p. 555; dans le même sens, C. trav. Liège (9e ch.), 20 septembre 2010, R.G. n° 2007/AL/34.907, www.cass.be; *Orientations*, n° 9, 2010, p. 27, note B. Paternostre; *J.L.M.B.*, 40/2010, p. 1899; C. trav. Mons (8e ch.), 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715; *Chron. D.S.*, 2011, p. 399, note O. Rijckaert.

manière irrégulière la défavorise dans la mesure où elle aurait également pu se procurer des preuves de manière irrégulière pour soutenir ses prétentions[64].

D'autres auteurs suggèrent que, sous le couvert du droit à un procès équitable, on pourrait sanctionner la déloyauté dans l'obtention des preuves. À l'origine de cette thèse, Fabienne Kéfer soutient que le droit au procès équitable « évoque une exigence de loyauté, notamment dans la collecte des preuves »[65]. La possibilité de sanctionner une forme de déloyauté procédurale sous l'angle du droit au procès équitable fait toutefois l'objet de critiques. Benoît Allemeersch et Sébastien Ryelandt font valoir que la loyauté procédurale est un principe autonome, distinct de la problématique de la licéité des preuves et qui ne relève pas du droit à un procès équitable[66]. Selon ces auteurs, ce principe n'est pas remis en cause par la jurisprudence *Antigone* de sorte qu'une déloyauté procédurale pourrait être sanctionnée indépendamment des critères *Antigone*[67].

Dominique Mougenot estime que la prise en compte d'une déloyauté dans le recueil de la preuve n'est pas forcément étrangère au droit au procès équitable et pourrait trouver un ancrage notamment dans le principe d'« équité de la procédure » qui a déjà été évoqué par la Cour européenne des droits de l'homme à propos de l'obtention de preuves par provocation policière[68]. Notons que nous avions évoqué la provocation comme comportement susceptible de nuire à la crédibilité de la preuve, ce qui, à nouveau, permet de faire le lien entre droit à un procès équitable et atteinte à la fiabilité de la preuve en raison des circonstances de l'obtention de celle-ci. On voit donc que, dans certains cas, l'obtention d'une preuve de manière déloyale pourra entraîner une violation du droit à un procès équitable, mais Benoît Allemeersch et Sébastien Ryelandt relèvent que tout acte déloyal n'implique pas nécessairement une violation de ce droit[69].

La question de savoir si la déloyauté peut être prise en compte pour conclure à l'irrecevabilité de la preuve dans le cadre du troisième critère qui est la violation du droit au procès équitable fait donc débat même si, que l'on suive l'une

64 B. Allemeersch et S. Ryelandt, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *op. cit.*, p. 169. Cette opinion est également partagée par Jacques Van Compernolle (J. Van Compernolle, « Les exigences du procès équitable et l'administration de la preuve en matière civile », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, p. 739).

65 F. Kéfer, « *Antigone* et *Manon* s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve », *op. cit.*, p. 345.

66 B. Allemeersch et S. Ryelandt, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *op. cit.*, p. 169.

67 *Ibid.* J. de Codt distingue également principe de loyauté et principe de légalité et n'associe l'application de la jurisprudence *Antigone* qu'au non-respect du principe de légalité de la preuve (J. de Codt, « Preuve pénale et nullités », *op. cit.*, pp. 637-638).

68 D. Mougenot, « *Antigone* face aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles », *op. cit.*, p. 251 et références citées.

69 B. Allemeersch et S. Ryelandt, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *op. cit.*, p. 170.

ou l'autre thèse, l'obtention d'une preuve de manière déloyale pourrait être sanctionnée.

B. Les trois critères *Antigone* sont-ils exclusifs ?

La question se pose de savoir si seuls les trois cas de figure énoncés dans l'arrêt *Antigone* peuvent conduire le juge à écarter des débats une preuve recueillie de manière illicite. Pour rappel, il s'agit des hypothèses suivantes : lorsque le respect de certaines conditions de forme est légalement prescrit à peine de nullité, lorsque l'irrégularité commise entache la crédibilité de la preuve ou lorsque l'usage de cette preuve est contraire au droit à un procès équitable. Dans nombre de décisions, la Cour énonce toutefois de manière non exhaustive une série de circonstances que le juge peut prendre en considération pour décider d'écarter ou non la preuve recueillie illicitement.

On peut donc se demander s'il s'agit de critères « autonomes » ou s'ils se rattachent aux trois hypothèses de rejet automatique de la preuve énoncées *supra*, voire à certaines d'entre elles uniquement.

La réponse ne nous paraît pas *a priori* évidente, le libellé de certaines décisions laissant place à interprétation.

Dans son arrêt du 23 mars 2004[70] à l'occasion duquel la Cour de cassation reformule le principe dégagé dans l'arrêt *Antigone*, la Cour a énoncé que le juge ne peut écarter une preuve recueillie illicitement *que* dans ces trois hypothèses.

La plupart des décisions de la Cour de cassation rendues entre 2004 et 2012 vont dans le même sens que cet arrêt du 23 mars 2004[71]. Ainsi, dans un arrêt du 12 octobre 2005[72], la Cour rappelle qu'« aucune disposition légale n'interdit de manière absolue l'usage d'une preuve dérivée de manière directe ou indirecte d'une irrégularité ou d'une illégalité quelconques » et précise qu'« une telle preuve ne doit donc être écartée, outre le cas de la violation d'une forme prescrite à peine de nullité, que lorsque son obtention est entachée d'un vice de nature à lui ôter sa fiabilité ou à compromettre le droit à un procès équitable ». Elle ajoute que « le juge en décide d'après l'ensemble des éléments de la cause ; qu'il peut notamment avoir égard au caractère purement formel de l'irrégularité, à l'absence d'incidence du manquement dénoncé sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée, à la circonstance que l'illégalité prêtée à la police ou au dénonciateur n'est pas intentionnelle, que la preuve obtenue illicitement ne concerne qu'un élément matériel de l'infraction ou encore que la

70 Cass. (2e ch.), 23 mars 2004, R.G. n° P.04.0012.N.

71 Les principes de cet arrêt seront reproduits tels quels dans des arrêts du 8 novembre 2005 (Cass. [2e ch.], 8 novembre 2005, R.G. n° P.05.1106/N/1) et du 21 novembre 2006 (Cass. [2e ch.], 21 novembre 2006, R.G. n° P.06.0806.N/3) ; voy., également, en ce sens : Cass. (2e ch.), 4 décembre 2007, R.G. n° P.07.1302.N ; Cass. (2e ch.), 5 juin 2012, R.G. n° P.11.2100.N/4.

72 Cass., 12 octobre 2005, R.G. n° P.05.0119.F.

gravité de celle-ci est sans commune mesure avec l'irrégularité ayant précédé ou accompagné sa constatation »[73].

Dans un arrêt du 23 mars 2010, la Cour suggère également que les preuves ne peuvent être écartées que si elles répondent aux « critères Antigone » qui permettent d'exclure ces éléments de preuve[74]. La Cour précise dans la foulée qu'il revient alors au juge d'« apprécier l'admissibilité d'une preuve obtenue illicitement à la lumière des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, compte tenu des éléments de la cause prise dans son ensemble, y compris le mode d'obtention de la preuve et les circonstances dans lesquelles l'illicéité a été commise »[75]. Elle ajoute que, « lors de cette appréciation, le juge peut prendre en considération notamment la circonstance ou l'ensemble des circonstances suivantes :

- soit que l'autorité chargée de l'information, de l'instruction et de la poursuite des infractions a ou non commis intentionnellement l'acte illicite ;
- soit que la gravité de l'infraction dépasse de manière importante l'illicéité commise ;
- soit que la preuve obtenue illicitement ne concerne qu'un élément matériel de l'existence de l'infraction ».

La lecture combinée de toutes ces considérations donne à penser que les circonstances identifiées pour apprécier l'admissibilité de la preuve ont trait aux trois critères de l'arrêt *Antigone* qui, par ailleurs, pourraient seuls justifier un rejet de la preuve.

Durant la même période, ont toutefois été rendues plusieurs décisions – tant par les sections française que néerlandaise de la Cour – qui ne nous semblent pas préconiser la même approche et pourraient être lues comme permettant au juge d'écarter des preuves recueillies irrégulièrement en dehors des trois critères de l'arrêt *Antigone*. Ainsi, dans deux arrêts du 16 novembre 2004[76], la Cour énoncera-t-elle que, « sauf dans le cas où une disposition conventionnelle ou légale prévoit elle-même les conséquences juridiques de la méconnaissance d'une formalité légalement prescrite relative à l'obtention de la preuve, le juge décide quelles sont les conséquences de cette irrégularité ; que la circonstance que la formalité dont la méconnaissance est constatée, concerne un des droits fondamentaux garantis par les articles 6 et 8.2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par les articles 12, alinéa

[73] Dans le même sens, voy. Cass. (2e ch.), 4 décembre 2007, R.G. n° P.07.1302.N/2 ; Cass. (3e ch.), 10 mars 2008, R.G. n° S.07.0073.N.

[74] Cass. (2e ch.), 23 mars 2010, R.G. n° P.10.0474.N/5.

[75] *Ibid.*

[76] Cass. (2e ch.), 16 novembre 2004, R.G. n° P.04.0644.N/1 ; Cass. (2e ch.), 16 novembre 2004, R.G. n° P.04.1127.N/1.

2, et 15 de la Constitution, n'y déroge pas »[77]. Ce libellé semble donc consacrer une liberté d'appréciation dans le chef du juge du fond sauf dans l'hypothèse où les conséquences juridiques du non-respect d'une formalité seraient déterminées par la loi ou la disposition conventionnelle, auquel cas il est tenu par ce qui y est prévu. Il est toutefois possible de donner à ces considérations une portée plus restreinte, à savoir d'indiquer qu'il revient au juge, sauf si la loi en dispose autrement, d'apprécier l'admissibilité de la preuve.

Dans l'arrêt dit *Manon* du 2 mars 2005 – le premier rendu par la section française de la deuxième chambre de la Cour de cassation et sur lequel nous reviendrons –, la Cour indiquera que, « lorsque l'irrégularité commise ne compromet pas le droit à un procès équitable, n'entache pas la fiabilité de la preuve et ne méconnaît pas une formalité prescrite à peine de nullité, le juge peut, pour décider qu'il y a lieu d'admettre des éléments irrégulièrement produits, prendre en considération, notamment, la circonstance que l'illicéité commise est sans commune mesure avec la gravité de l'infraction dont l'acte irrégulier a permis la constatation, ou que cette irrégularité est sans incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée »[78]. On peut interpréter cet arrêt comme impliquant que ce ne serait que dans les trois hypothèses énoncées dans l'arrêt *Antigone* que le juge devrait rejeter les preuves recueillies illicitement et que, hors ces hypothèses, le juge pourrait ou non prendre en compte les preuves illicites eu égard aux circonstances énoncées par la Cour. Ces mêmes circonstances ne sont donc pas « rattachées » à l'appréciation des trois critères *Antigone* en ce sens qu'elles permettraient uniquement, par exemple, d'apprécier s'il y a atteinte au droit à un procès équitable.

Dans un arrêt du 31 octobre 2006, la Cour de cassation rappelle la pertinence de ces mêmes circonstances dans l'examen que le juge peut faire de l'admissibilité de la preuve sans les lier aux trois hypothèses de rejet automatique dégagées dans l'arrêt *Antigone* en indiquant : « Il appartient au juge d'apprécier l'admissibilité d'une preuve obtenue illicitement que la loi n'exclut pas expressément à la lumière des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en tenant compte de tous les éléments de la cause, y compris le mode d'obtention de la preuve et les circonstances de l'illicéité. À cette occasion, le juge peut notamment avoir égard à une ou plusieurs des circonstances suivantes : soit que l'autorité chargée de l'information, de l'instruction et de la poursuite des infractions a ou non commis intentionnellement l'acte illicite, soit

[77] Cette même motivation est encore reprise dans un arrêt de la Cour du 2 septembre 2009 (Cass. [2e ch.], 2 septembre 2009, R.G. n° P.09.0960.F/1). F. HENDRICKX y voit un élargissement du pouvoir d'appréciation laissé au juge du fond (F. HENDRICKX, « Privacy op het werk en bewijs van onrechtmatig gedrag : (spookt) Antigoon in het arbeidsrecht », *R.D.S.*, 2006, pp. 681-682).

[78] Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 211, concl. Av. gén. VANDERMEERSCH ; *J.L.M.B.*, 2005, p. 1086, note M.-A. BEERNAERT.

que la gravité de l'infraction dépasse de manière importante l'illicéité commise, soit que la preuve obtenue illicitement ne concerne qu'un élément matériel de l'existence de l'infraction. »[79]

L'arrêt du 10 mars 2008 de la Cour de cassation n'est pas non plus dépourvu d'ambiguïté sur ce point[80].

Il énonce dans un premier temps que, « [s]auf en cas de violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, la preuve illicitement recueillie ne peut être écartée que si son obtention est entachée d'un vice qui est préjudiciable à sa crédibilité ou qui porte atteinte au droit à un procès équitable.

Le juge qui procède à cette appréciation peut notamment tenir compte d'une ou de plusieurs des circonstances suivantes : le caractère purement formel de l'irrégularité, sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée, la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement, la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité, le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction, le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction »[81].

On pourrait donc en déduire que seuls les trois critères *Antigone* peuvent justifier le rejet d'une preuve recueillie de manière irrégulière et que les circonstances énoncées interviennent dans le cadre de l'application de ces critères. Toutefois, la Cour énonce ensuite que « [l]es juges d'appel qui ont décidé par ces motifs que les éléments de preuve illicitement recueillis ne sont pas admissibles et ont refusé d'apprécier cette admissibilité à la lumière des critères ou circonstances précités, n'ont pas justifié légalement leur décision ». La motivation de l'arrêt laisse à penser qu'un rejet d'une preuve peut se justifier au regard des trois critères ou des circonstances énoncées, qui constitueraient donc en quelque sorte des éléments d'appréciation distincts des critères et permettant un rejet de la preuve dans d'autres hypothèses que celles de l'arrêt *Antigone*.

Il y a donc matière à discussion et il est malaisé de trancher au vu de ce manque de cohérence. Cette incertitude est reflétée dans la doctrine. Nathalie Colette-Basecqz interprète l'arrêt *Antigone* comme n'impliquant d'exclusion automatique que dans les trois cas énoncés dans les arrêts de la Cour de cassation. Hors ces hypothèses, le juge n'est pas tenu d'exclure ces preuves et il lui appartient de se prononcer souverainement sur les conséquences de l'irrégularité qu'il

[79] Cass. (2e ch.), 31 octobre 2006, R.G. n° P. 06.1016.N/1.

[80] Cass. (3e ch.), 10 mars 2008, R.G. n° S.07.0073.N.

[81] Cass. (3e ch.), 10 mars 2008, R.G. n° S.07.0073.N.

relève[82]. Plusieurs auteurs estiment toutefois que le rejet de la preuve ne peut intervenir que dans les trois hypothèses de l'arrêt *Antigone*[83]. On le verra, même à retenir cette solution en se fondant sur le libellé le plus récurrent dans la jurisprudence de la Cour de cassation qui tend à n'autoriser le rejet des preuves recueillies illicitement que dans trois hypothèses, demeure un questionnement sur la pertinence des circonstances énoncées par la Cour par rapport aux trois critères retenus. Nous y revenons au point C., 3.

C. Qu'en est-il des circonstances complémentaires énoncées dans la jurisprudence de la Cour de cassation ?

1. *Des circonstances inspirées de la jurisprudence* Antigone *en matière pénale*

Comme souligné *supra*, la Cour de cassation a énoncé une série de circonstances que le juge peut prendre en compte pour déterminer s'il y a, ou non, lieu d'écarter les preuves.

Si l'on se réfère à l'arrêt du 10 mars 2008 qui a été interprété comme élargissant l'application de la jurisprudence *Antigone* à la matière civile, les circonstances épinglées comme pouvant guider le juge du fond dans son appréciation sont les suivantes :

- le caractère purement formel de l'irrégularité ;
- sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée ;
- la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement ;
- la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité ;
- le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction ;
- le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction.

[82] N. Colette-Basecqz, « L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable : la jurisprudence "Antigone" sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 325.

[83] J. Van Compernolle, « Les exigences du procès équitable et l'administration de la preuve en matière civile », *op. cit.*, p. 741 ; B. Allemeersch et S. Ryelandt, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *op. cit.*, p. 171 ; K. Van Kildonck, « Privacy werknemers. Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk », *op. cit.*, p. 182.

Le fait que plusieurs de ces critères s'ancrent en matière pénale[84] (on parle d'infractions à plusieurs reprises) a suscité des doutes quant à la volonté de la Cour d'appliquer cette jurisprudence en matière civile[85]. En toute hypothèse, ils ne sont pas de nature à faciliter la tâche des juges qui les appliquent en cette matière. Dominique Mougenot en conclut même qu'en pratique, c'est surtout le critère de la balance entre la gravité des manquements qui sera d'utilité[86].

On relèvera toutefois un cas d'application du critère du caractère intentionnel de l'irrégularité commise dans un arrêt de la Cour du travail de Liège (section de Namur) du 14 décembre 2010[87].

Eu égard aux différents critères repris dans les arrêts de la Cour, on peut se demander si un juge du fond doit tenir compte et examiner l'ensemble de ces circonstances pour trancher un litige.

Dans un arrêt du 5 juin 2012[88], la Cour de cassation y répond par la négative. Dans cette affaire qui concernait l'installation par des particuliers d'une caméra sur leur balcon et dirigée vers leurs véhicules garés en contrebas à la suite de diverses dégradations perpétrées sur ces véhicules, le demandeur en cassation invoquait la violation des articles 6 et 8 de la C.E.D.H. et de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, ainsi que la violation des droits de la défense et des règles relatives à la charge de la preuve en matière répressive. Il reprochait au juge d'appel de n'avoir pas examiné, dans le cadre de l'application des critères *Antigone*, si le droit à un procès équitable n'avait pas été violé du fait que l'autorité en charge de l'enquête, de l'instruction et des poursuites des infractions ou l'indicateur avait commis l'irrégularité de manière intentionnelle ou non. La Cour décidera que « le fait que le juge ne prenne pas en considération l'ensemble des circonstances précitées ne rend pas, en soi, sa décision irrégulière ».

[84] Il est à noter qu'en matière pénale, les circonstances reprises dans les arrêts de la Cour sont libellées différemment. Le critère de pondération est par ailleurs tantôt formulé comme étant « la circonstance que l'illicéité commise est sans commune mesure avec la gravité de l'infraction dont l'acte irrégulier a permis la constatation » (Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 211, concl. Av. gén. VANDERMEERSCH ; *J.L.M.B.*, 2005, p. 1086, note M.-A. BEERNAERT) ou comme visant l'hypothèse où « la gravité de l'infraction dépasse de manière importante l'illicéité commise » (Cass., 12 octobre 2005, R.G. n° P.05.0119.F; Cass. [2e ch.], 31 octobre 2006, R.G. n° P.06.1016.N/1 ; Cass. [2e ch.], 23 mars 2010, R.G. n° P.10.0474.N/5 ; Cass. [2e ch.], 5 juin 2012, R.G. n° P.11.2100.N/4). Pour des exemples d'application de ces critères en matière pénale, voy. J. DE CODT, « Preuve pénale et nullités », *op. cit.*, pp. 643 et s.

[85] D. MOUGENOT, « Humphrey Bogart au XXIe siècle : la preuve par production d'un rapport de détective privé », *op. cit.*, n° 127, p. 246 ; K. ROSIER et S. GILSON, « La preuve irrégulière : quand *Antigone* ouvre la boîte de Pandore : commentaire de l'arrêt *Lee Davies* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 28 juillet 2009 », *op. cit.*, n° 6, p. 291. Voy. également C. trav. Bruxelles, 7 février 2013 (2e ch.), *J.T.*, 2013, p. 262, note D. MOUGENOT.

[86] D. MOUGENOT, « *Antigone* face aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles », *op. cit.*, p. 253.

[87] C. trav. Liège (sect. Namur), 14 décembre 2010, R.G. n° 2009/AN/8.833, www.cass.be.

[88] Cass. (2e ch.), 5 juin 2012, R.G. n° P.11.2100.N/4.

2. *Exemples d'application de ces circonstances par les juridictions de fond*

En matière civile, plusieurs juridictions concluent de ces critères que cette jurisprudence permet au juge d'effectuer une balance des intérêts en présence[89]. Plus particulièrement :

- le Tribunal du travail de Charleroi, se prononçant sur l'admissibilité d'une preuve obtenue en violation d'une disposition protectrice de la vie privée, s'est appuyé sur le caractère d'ordre public des règles relatives à l'indemnisation des accidents de travail pour considérer que le droit au respect de la vie privée ne pouvait faire obstacle à la recherche de la vérité[90] ;
- dans l'arrêt précité du 14 décembre 2010[91] évoqué *supra* sur le vol de documents, la Cour a retenu qu'il convenait de mettre en balance les intérêts en jeu et de porter une appréciation globale sur les conséquences de l'irrégularité. Elle estimera par ailleurs qu'« un moyen de preuve invoqué par la partie qui a intentionnellement et donc en toute connaissance de cause commis un délit de se le procurer dans le but de s'en servir ensuite dans le cadre d'un litige civil doit être écarté des débats »[92] ;
- la Cour du travail de Mons, le 8 décembre 2010[93], s'est prononcée sur la proportionnalité de l'illicéité commise par rapport à la gravité du motif grave. Il était question, en l'occurrence, de la production de courriels, obtenus sans respecter la C.C.T. n° 81, qui mettaient en évidence l'exercice d'une activité professionnelle accessoire concurrente et des propos injurieux tenus à l'encontre de certains supérieurs hiérarchiques du travailleur. La Cour énonça que, « s'il peut être objectivement reproché à l'intimée d'avoir essentiellement manqué à son obligation de transparence, les droits à la protection de la vie privée protégés par les règles violées sont de moindre importance au regard des graves manquements dont cette irrégularité a permis la constatation » ;
- dans un arrêt du 28 mars 2012[94], la Cour du travail de Bruxelles a estimé disproportionnée l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée du travailleur dès lors qu'en l'espèce, la consultation des courriels litigieux relevait d'un acte tout à fait gratuit, non commandé ni nécessité par un motif sérieux. Pour la Cour, la transgression est hors de proportion avec le

[89] C. trav. Liège (sect. Namur, 13e ch.), 8 mars 2011, *Chron. D.S.*, 08/2011, p. 404, note ; C. trav. Mons (8e ch.), 8 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 715 ; *Chron. D.S.*, 2011, p. 399, note O. RIJCKAERT ; C. trav. Liège (sect. Namur, 13e ch.), 14 décembre 2010, R.G. n° 2009/AN/8.833, www.cass.be ; C. trav. Liège (9e), 20 septembre 2010, R.G. n° 2007/AL/34.907, www.cass.be (commentaires de B. PATERNOSTRE *in Orientations*, n° 9, 2010, p. 27).

[90] Trib. trav. Charleroi (1re ch.), 16 juin 2010, *Bull. ass.*, 2010, n° 372, p. 294.

[91] C. trav. Liège (sect. Namur), 14 décembre 2010, R.G. n° 2009/AN/8.833, www.cass.be.

[92] *Ibid.*, p. 9.

[93] C. trav. Mons (8e ch.), 8 décembre 2010, R.G. n° 2009/AM/21709, www.cass.be.

[94] C. trav. Bruxelles, 28 mars 2012, R.G. n° 2010/AB/1.176, inéd., commenté sur www.terralaboris.be.

fait reproché à la travailleuse (avoir utilisé des sobriquets, ceux-ci fussent-ils grossiers ou irrévérencieux) ;

- dans un litige tranché en matière pénale hors d'un contexte de relations de travail, mais qui avait trait à de la vidéosurveillance, la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 5 juin 2012[95], que les juges d'appel justifient légalement leur décision selon laquelle les images vidéo illégalement recueillies ont certes été obtenues en opposition au droit du demandeur à la vie privée, mais ne doivent pas être écartées des débats en qualité de preuve lorsqu'ils constatent et décident souverainement que :

« – la caméra privée dissimulée par la deuxième défenderesse et son ami, sans autorisation, a été placée fin décembre 2006 sur leur balcon à la suite de diverses dégradations à leurs deux véhicules,

– la loi du 8 décembre 1992 ne prévoit pas de sanction de nullité autonome ou d'exclusion des éléments de preuves obtenues en violation de cette loi,

– compte tenu des constatations de police, la fiabilité de la preuve n'a pas davantage été entachée de quelque manière,

– la caméra était dirigée sur les véhicules personnels de la seconde défenderesse et de son ami, de sorte que l'atteinte à la vie privée des passants sur la voie publique était infime,

– les informations objectives ayant pu être détectées sur la personne qui a crevé les pneus des voitures n'étaient que des informations marginales complémentaires sans caractère strictement personnel et relatives à un bref laps de temps,

– la violation de la vie privée n'est proportionnellement que très légère comparativement au dommage matériel substantiel causé par les infractions constatées. »

3. *Réflexions critiques sur les circonstances retenues dans la jurisprudence* Antigone

À supposer que l'on retienne le principe selon lequel seuls les trois critères *Antigone* peuvent justifier l'exclusion d'une preuve recueillie irrégulièrement[96], on peut se demander à quel(s) critère(s) ces circonstances se rattachent. Selon le libellé de plusieurs arrêts de la Cour, il nous semble que celle-ci associe ces circonstances au respect du droit à un procès équitable[97]. Comme nous l'avons évoqué ci-avant, l'incidence d'une irrégularité commise sur la fiabilité

95 Cass. (2e ch.), 5 juin 2012, R.G. n° P.11.2100.N/4.

96 Sur ce point, voy. section 2, § 2, B, *supra*.

97 Voy. en ce sens J. Van Compernolle, « Les exigences du procès équitable et l'administration de la preuve en matière civile », *op. cit.*, p. 742.

des preuves ne nous paraît toutefois pas étrangère à la question du respect du droit à un procès équitable[98], même si la Cour de cassation distingue ces deux critères d'exclusion dans sa jurisprudence *Antigone*.

Nonobstant ce qui précède, il faut constater que les circonstances retenues par la Cour ne sont pas forcément pertinentes, que ce soit pour apprécier si l'irrégularité entache la fiabilité ou crédibilité de la preuve, ou pour constater une violation au droit à un procès équitable, au sens des critères retenus par la Cour européenne des droits de l'homme rappelés *supra*[99]. Ceci dit, il est à souligner que la Cour donne, par ailleurs, un large pouvoir d'appréciation au juge du fond qui est invité à tenir compte plus généralement de tous les éléments de la cause, y compris le mode d'obtention de la preuve et les circonstances de l'illicéité. Cela donne donc au juge une possibilité d'avoir égard à d'autres circonstances concrètes. On peut toutefois se demander, au vu des hypothèses limitées de violation du droit à un procès équitable retenues au regard de l'article 6 par la juridiction de la Cour strasbourgeoise, quelles seraient les hypothèses qui relèveraient concrètement d'une violation du droit à un procès équitable.

Section 3
Dans quels cas une violation du droit au respect de la vie privée peut-elle entraîner l'écartement de la preuve ?

§ 1. Analyse de la question sous l'angle du droit à un procès équitable

La Cour européenne des droits de l'homme ne considère pas que la prise en considération d'une preuve obtenue en violation du droit au respect de la vie privée, consacré à l'article 8 de la C.E.D.H., implique *per se* une violation du droit à un procès équitable[100], même si la condamnation intervient sur la seule base d'une preuve obtenue en violation de l'article 8[101]. Sur ce point, la Cour opère donc une distinction avec sa jurisprudence en matière de preuves obtenues en violation de l'article 3 de la Convention qui interdit la torture et les traitements inhumains et dégradants, aux termes de laquelle elle considère qu'obtenir une preuve sous la torture rend la procédure inéquitable dans son ensemble[102].

98 Voy., en ce sens, J. de Codt, « Preuve pénale et nullités », *op. cit.*, p. 646.

99 *Cf.* section 2, § 2, A. Voy. en ce sens : J. Van Compernolle, « Les exigences du procès équitable et l'administration de la preuve en matière civile », *op. cit.*, pp. 742-743 ; B. Allemeersch et S. Ryelandt, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *op. cit.*, pp. 173-174.

100 Voy. notamment : Cour eur. D.H., 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, req. n° 35394/97 ; Cour eur. D.H., 25 septembre 2001, *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, req. n° 44787/98 ; Cour eur. D.H., 5 novembre 2002, *Allan c. Royaume-Uni*, req. n° 48539/99 ; Cour eur. D.H., 1er mars 2007, *Heglas c. République tchèque*, req. n° 5935/02 ; Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, req. n° 4378/02.

101 Cour eur. D.H., 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, req. n° 35394/97.

102 Voy. notamment Cour eur. D.H., 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, req. n° 54810/01, § 108.

Pour décider que, nonobstant l'existence d'une violation de l'article 8, le procès n'est pas inéquitable, la Cour s'appuie dans ses arrêts sur la constatation du fait que le justiciable a eu la possibilité de contester la preuve produite en justice[103] et/ou que la preuve obtenue en violation de l'article 8 n'est pas le seul élément sur lequel la juridiction s'est fondée pour prendre sa décision, mais qu'il existait d'autres éléments de preuve corroborant la preuve litigieuse[104]. L'existence d'un intérêt public à l'utilisation des éléments de preuve pour la condamnation du justiciable est également parfois évoquée[105].

La position adoptée par la Cour a fait l'objet, dans plusieurs arrêts, d'opinions dissidentes d'un ou plusieurs juges, selon les arrêts[106], et notamment à l'occasion de l'arrêt *Bykov c. Russie* du 10 mars 2009. Dans cette décision, la Cour constate que l'essentiel des preuves qui ont servi à condamner un prévenu a été recueilli grâce à une opération secrète illégale et constitutive d'une violation de l'article 8 de la C.E.D.H., mais estime que cela n'a pas entraîné une violation du droit à un procès équitable. La juridiction strasbourgeoise énonce que la décision litigieuse n'a pas été fondée uniquement sur les preuves recueillies au moyen de l'opération secrète, – celles-ci étaient confirmées par d'autres éléments décisifs – et que, « s'agissant des éléments fournis, rien ne permet de conclure que leur appréciation par les tribunaux internes ait été arbitraire ou que les droits de la défense du requérant n'aient pas été suffisamment respectés »[107].

Dans une opinion en partie dissidente du juge Spielmann à laquelle se rallient quatre autres juges, dont le juge Tulkens, s'exprime le regret de l'absence de cohérence dans l'appréhension des violations des dispositions de la convention en ces termes : « La question de l'admission dans le cadre de la procédure pénale des éléments de preuve obtenus en violation de l'article 8 est une question de principe qui aurait mérité une réponse de principe, notamment en ce qui concerne la nécessité d'assurer une cohérence entre le constat de la Cour sur le terrain des deux articles de la Convention (ce qui est interdit au regard de l'article 8 ne peut pas être autorisé sous l'angle de l'article 6) et en ce qui concerne la nécessité de souligner l'importance des droits en jeu protégés par l'article 8

[103] Cour eur. D.H., 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, req. n° 35394/97, § 38 ; Cour eur. D.H., 25 septembre 2001, *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, req. n° 44787/98, § 79 ; Cour eur. D.H., 1er mars 2007, *Heglas c. République tchèque*, req. n° 5935/02, § 89.

[104] Cour eur. D.H., 25 septembre 2001, *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, req. n° 44787/98, § 79 ; Cour eur. D.H., 1er mars 2007, *Heglas c. République tchèque*, req. n° 5935/02, § 90.

[105] Cour eur. D.H., 1er mars 2007, *Heglas c. République tchèque*, req. n° 5935/02, § 91.

[106] Voy., à cet égard, N. COLETTE-BASECQZ, « L'admissibilité des preuves irrégulières au regard du droit à un procès équitable : la jurisprudence "Antigone" sous la loupe de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 331-332.

[107] Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, req. n° 4378/02, § 98.

(eu égard à la tendance croissante de recourir à des méthodes d'enquête illégales, en particulier dans le cadre de la lutte contre le crime et le terrorisme). »[108]

L'auteur de cette opinion souligne également l'importance du principe de légalité de la preuve par rapport au caractère équitable du procès : « En l'espèce, la violation de l'article 8 de la Convention constatée par la Cour découle surtout, et découle même exclusivement, de l'absence de légalité de la preuve litigieuse (paragraphe 82 de l'arrêt). Or l'équité qui est visée à l'article 6 de la Convention comporte aussi une exigence de légalité. L'équité suppose le respect de la légalité et donc aussi, *a fortiori*, le respect des droits garantis par la Convention dont la Cour assure précisément le contrôle. »[109]

On le voit, la jurisprudence de la Cour européenne en la matière ne s'impose pas comme une évidence, d'autant que l'on rencontre une autre approche de la jurisprudence de la Cour lorsqu'elle met en balance ce que certains auteurs[110] appellent « le droit à la preuve » et le droit au respect de la vie privée, comme il sera expliqué dans la section suivante.

§ 2. Analyse de la question sous l'angle de la jurisprudence relative au droit au respect de la vie privée

Jacques Van Compernolle[111] relève deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme qui abordent la question de l'admissibilité de la preuve sous l'angle de la confrontation du droit à la preuve avec le droit au respect de la vie privée[112]. Dans ces deux arrêts, la Cour constate que les éléments de preuves déposés dans le cadre de la procédure ont trait à la vie privée d'une des parties. Les deux affaires s'inscrivent dans le contexte d'un divorce. Dans l'arrêt *L.L. c. France*, il est question du dépôt d'un rapport médical tandis que, dans l'affaire *N.N. et T.A. c. Belgique*, c'est le dépôt d'une correspondance entre l'un des époux et un tiers qui fait débat. La Cour estimera, dans le premier cas, que l'admissibilité et l'utilisation par le juge de la pièce médicale en tant qu'élément de preuve ont constitué une ingérence dans le droit au respect de la vie privée du requérant garanti par le paragraphe 1er de l'article 8 de la Convention. Dans le second, elle estimera que « la production et le dépôt sans leur accord, dans le

[108] Opinion en partie dissidente du juge Spielmann, à laquelle se rallient les juges Rozaris, Tulkens, Casadevall et Mijovic, sous Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, req. n° 4378/02, § 5.

[109] *Ibid.*, § 7.

[110] B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *op. cit.*, p. 167, qui indiquent avoir emprunté cette expression à G. GOUBEAUX (« Le droit à la preuve », *in* C. PERELMAN et P. FORIERS, *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 277).

[111] J. VAN COMPERNOLLE, « Les exigences du procès équitable et l'administration des preuves dans le procès civil », *op. cit.*, pp. 745-746.

[112] Cour eur. D.H., 10 octobre 2006, *L.L. c. France*, req. n° 7508/02 ; Cour eur. D.H., 13 mai 2008, *N.N. et T.A. c. Belgique*, req. n° 65097/01.

cadre d'une procédure judiciaire, de lettres échangées entre deux personnes par une tierce personne qui n'en est ni l'expéditrice, ni la destinataire, peut s'analyser en une ingérence dans la vie privée de ces personnes »[113].

La Cour vérifie donc si l'ingérence était justifiée au regard du paragraphe 2 de l'article 8 de la C.E.D.H.

Dans les deux arrêts dont question, la Cour constate que l'ingérence répond à la condition de légalité et de finalité – le droit à la protection des droits et libertés d'autrui –, de sorte que son analyse se porte plus particulièrement sur le respect de la condition de proportionnalité.

La Cour estime que le droit de produire en justice des preuves fait partie intégrante du droit à un procès équitable et peut constituer un motif d'ingérence dans la vie privée d'autrui[114]. La Cour énonce expressément à ce propos, dans l'arrêt *N.N. et T.A. c. Belgique,* que « [r]elevant également du droit d'une partie à un procès de se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause [...] y compris ses preuves, un tel motif est un but légitime au sens du paragraphe second de l'article 8 de la Convention ». Par ailleurs, ce droit à la preuve bénéficie *a priori* du même poids que le droit au respect de la vie privée[115].

Il y a donc une mise en balance à faire entre les deux droits, et ce, au regard des circonstances concrètes de l'espèce. Dans l'arrêt *L.L. c. France*, la Cour européenne avait d'ailleurs considéré que « l'ingérence dénoncée dans le droit du requérant au respect de sa vie privée, au vu du rôle fondamental que joue la protection des données à caractère personnel, n'était pas proportionnée au but recherché et n'était donc pas "nécessaire", "dans une société démocratique", "à la protection des droits et libertés d'autrui" », et ce, au motif que ce n'était que de « façon subsidiaire et surabondante que les juridictions internes [avaient] invoqué la pièce médicale litigieuse pour fonder leurs décisions »[116]. La Cour en conclut que la preuve litigieuse aurait dû être écartée dans la mesure où elle n'était pas nécessaire pour trancher le litige.

On constate donc qu'au regard de la jurisprudence actuelle de la Cour, le fait pour une juridiction nationale de ne pas déclarer irrecevable une preuve obtenue par le biais d'une violation de l'article 8 de cette même Convention ne constitue pas une violation du droit à un procès équitable. Toutefois, dans la mesure où l'utilisation ou la production en justice d'une preuve serait reconnue comme une ingérence dans le droit au respect de la vie privée d'une des parties, le juge devrait écarter la preuve s'il estime, au terme d'une mise en balance

113 Cour eur. D.H., 13 mai 2008, *N.N. et T.A. c. Belgique*, req. n° 65097/01, § 42.

114 *Ibid.*

115 Voy., à cet égard, J. VAN COMPERNOLLE, « Les exigences du procès équitable et l'administration des preuves dans le procès civil », *op. cit.*, p. 747.

116 Cour eur. D.H., 10 octobre 2006, *L.L. c. France*, req. n° 7508/02, § 46.

avec le droit de l'autre partie à prouver ses prétentions, que cette ingérence ne répond pas à la condition de proportionnalité de l'article 8, § 2, de la C.E.D.H.

Une telle mise en balance intervient d'ailleurs dans un arrêt *Köpke c. Allemagne* du 5 octobre 2010 de la Cour européenne qui se penche sur la question *du droit à se constituer une preuve*, et ce, dans un contexte qui est celui de la surveillance sur le lieu du travail[117]. Il s'agit en l'espèce non plus uniquement de produire une preuve qui a trait à la vie privée, mais de l'obtention d'une preuve d'une manière qui constitue une ingérence dans la vie privée d'un individu.

L'arrêt dont question est rendu dans une affaire de vidéosurveillance cachée, mise en place par un détective privé à la demande d'un employeur pour identifier le responsable du détournement d'une partie des recettes à la caisse d'un supermarché[118]. L'employeur avait licencié la travailleuse qui avait pu être identifiée de cette manière comme étant l'auteur de ces irrégularités.

La travailleuse invoquait la violation de l'article 8 qui résultait tant de la mise en place de la vidéosurveillance sur le lieu du travail sans qu'elle en ait été informée que de la production des preuves ainsi recueillies en justice. La Cour, constatant que les images ainsi obtenues ont été traitées et examinées par plusieurs personnes travaillant pour l'employeur et ont été utilisées dans le cadre d'une procédure devant les juridictions du travail, conclut à une ingérence dans la vie privée de la travailleuse.

Dans le cadre de l'examen du caractère admissible ou non de l'ingérence, la Cour estime que l'intérêt de l'employeur à la protection de ses droits de propriété ne peut être efficacement sauvegardé que s'il peut recueillir des preuves permettant de prouver le comportement fautif (et en l'occurrence infractionnel) de la travailleuse devant les juridictions du travail et conserver lesdites preuves jusqu'à ce qu'une décision judiciaire définitive intervienne. La Cour souligne également que cette possibilité peut servir un intérêt public, à avoir une bonne administration de la justice par les tribunaux nationaux en leur permettant d'être en mesure d'établir autant que possible la vérité, tout en respectant les droits de la Convention de l'ensemble des personnes concernées. La Cour pointe en outre qu'en l'espèce, la surveillance secrète aura permis de laver de tout soupçon les autres employés du magasin.

La Cour examine le caractère proportionné de l'ingérence dans le cas d'espèce et relève que les juridictions nationales avaient constaté qu'il n'y avait pas d'autre moyen de se ménager une preuve qui aurait pu offrir la même efficacité tout en créant une ingérence moindre dans le droit de la travailleuse au respect de sa vie privée.

117 Cour eur. D.H., 5 octobre 2010, *Köpke c. Allemagne*, req. n° 420/07.

118 *Ibid.*

La Cour conclura à l'absence de violation de l'article 8 de la C.E.D.H.

Cet arrêt analyse donc la problématique de la recevabilité de la preuve obtenue sous un autre prisme : celui de l'article 8. On pourrait en déduire l'enseignement suivant : lorsqu'un justiciable invoque une ingérence dans sa vie privée, soit du fait de la manière dont la preuve a été obtenue, soit du fait de la production d'une preuve en justice, le juge national devrait mettre en balance le droit au respect de la vie privée avec le droit à la preuve de celui qui entend s'en prévaloir pour défendre ses prétentions et, s'il estime que l'ingérence ne répond pas à la condition de proportionnalité de l'article 8, § 2, il devrait écarter la preuve[119]. Tel devrait également être le cas si le critère de légalité n'est pas satisfait. C'est d'ailleurs l'un des constats que font le juge Spielmann et les juges qui se rallient à son opinion dissidente évoquée *supra*[120].

C'est donc, nous semble-t-il, à juste titre que l'on doit faire le constat d'une contradiction avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui estimerait qu'il n'y aurait pas lieu d'écarter la preuve recueillie en violation de l'article 8 de la C.E.D.H.[121] dès lors que cette violation n'implique pas une violation du droit à un procès équitable[122].

§ 3. *Quid* de la jurisprudence belge ?

Dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation calque sa position sur celle adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme en considérant qu'« [i]l ne résulte ni de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantit un procès équitable ni de l'article 8 de cette même convention qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance ni d'aucune disposition constitutionnelle ou légale que la preuve qui a été obtenue en méconnaissance d'un des droits fondamentaux garantis par cette convention ou par la Constitution est toujours inadmissible »[123].

[119] J. VAN COMPERNOLLE, « Les exigences du procès équitable et l'administration des preuves dans le procès civil », *op. cit.*, p. 747.

[120] Opinion en partie dissidente du juge Spielmann, à laquelle se rallient les juges Rozaris, Tulkens, Casadevall et Mijovic, sous Cour eur. D.H., 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, req. n° 4378/02, § 7.

[121] Voy., en ce sens, J. VAN COMPERNOLLE, « Les exigences du procès équitable et l'administration des preuves dans le procès civil », *op. cit.*, pp. 747-748. B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT considèrent, quant à eux, que l'arrêt *N.N. et T.A. c. Belgique* ne porte pas essentiellement sur le droit de la preuve, mais sur le droit au respect de la vie privée dans le contexte familial (« Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *op. cit.*, p. 167).

[122] Voy. en particulier l'arrêt *Khan* de la Cour européenne des droits de l'homme qui constate qu'une preuve par écoute téléphonique a été obtenue en violation de l'article 8 de la C.E.D.H., mais estime que le fait de prendre en compte cette écoute dans le cadre du procès ne constitue pas une violation de l'article 6 de la C.E.D.H. (Cour eur. D.H., 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, req. n° 35394/97).

[123] Cass. (2e ch.), 16 novembre 2004, R.G. n° P.04.1127.N et Cass. (2e ch.), 16 novembre 2004, R.G. n° P.04.0644.N.

Dans un arrêt du 22 décembre 2010, la Cour constitutionnelle s'est largement appuyée sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et notamment sur l'arrêt *Lee Davies*, pour considérer que l'article 22 de la Constitution n'implique pas qu'une preuve obtenue en violation du droit au respect de la vie privée doive automatiquement être considérée comme nulle[124]. La Cour rappelle que, si, aux termes de sa jurisprudence, la juridiction strasbourgeoise n'exclut pas qu'une violation du droit au respect de la vie privée puisse, dans certaines circonstances, impliquer une violation du droit à un procès équitable consacré à l'article 6.1 de la C.E.D.H., elle a eu l'occasion d'affirmer à plusieurs reprises que l'utilisation d'une preuve obtenue en méconnaissance de l'article 8 de la C.E.D.H. ne conduit toutefois pas nécessairement à une violation du droit à un procès équitable. La Cour constitutionnelle, d'une part, constate que l'article 22 de la Constitution ne règle pas la question de l'admissibilité de la preuve obtenue en méconnaissance du droit garanti dans celle-ci et, d'autre part, suggère qu'il n'y aurait pas lieu de l'interpréter autrement que l'article 8 de la C.E.D.H. eu égard au fait que, dans les travaux préparatoires, le constituant a expressément opté pour la plus grande concordance possible entre l'article 22 de la Constitution et cette disposition[125]. Elle conclut à l'absence de violation.

Cependant, nous avons pu constater que, dans la jurisprudence *Antigone*, on retrouve, parmi les circonstances qui sont reprises dans l'arrêt du 10 mars 2008 de la Cour de cassation comme pouvant être prises en compte pour décider de rejeter une preuve recueillie irrégulièrement, « sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée » ou encore la « circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité »[126].

Le juge du fond devrait ainsi apprécier si le danger pour les libertés en général et celle de la vie privée en particulier est soit inexistant, soit de moindre importance que celui provoqué par l'infraction ou l'illégalité révélée par l'élément de preuve litigieux.

Nous avons pu constater *supra* que les circonstances qui appellent une mise en balance des manquements sont celles les plus mises en exergue par la doctrine et la jurisprudence[127]. Ceci dit, comme le relèvent certains auteurs, si, en matière pénale, la mise en balance de la gravité de l'infraction avec l'irrégularité commise dans l'obtention de la preuve peut faire sens, peut-on en dire autant en matière civile où sont en jeu des intérêts privés et où les parties sont

[124] C.C., 22 décembre 2010, n° 158/2010.

[125] *Ibid.*, n° B.7.

[126] Cass. (3e ch.), 10 mars 2008, R.G. n° S.07.0073.N, voy. section 2, § 2, C, *supra*.

[127] *Cf.* section 2, § 2, C.

en principe sur un pied d'égalité[128] ? Par ailleurs, il nous faut constater qu'une mise en balance entre l'irrégularité commise avec la gravité du manquement constaté peut avoir un effet pervers. Sans autres nuances, elle pourrait consacrer le principe selon lequel la pondération des intérêts se fait *a posteriori* et ne serait fonction que de la gravité des manquements que la mesure de surveillance met à jour, sans égard aux motifs et circonstances de la mise en place de celle-ci.

Sur ce point, un rapprochement peut être fait avec la réflexion menée dans plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'homme que nous avons évoquées *supra*[129] et qui opèrent une mise en balance entre le droit au respect de la vie privée, d'une part, et le droit de la preuve, d'autre part.

Sans prétendre à l'exhaustivité, nous relevons plusieurs décisions de juridictions belges dans lesquelles un raisonnement similaire est mis en œuvre, hors application de la jurisprudence *Antigone*.

Dans un arrêt du 27 février 2001[130], la Cour de cassation a considéré que l'article 8 de la C.E.D.H. ne s'oppose pas à ce qu'un employeur, sur la base d'une suspicion légitime de la participation de son employé à des infractions sur le lieu du travail, installe un système de vidéosurveillance dans la partie du commerce accessible au public, pour prévenir ou constater de nouvelles infractions et que, « pour autant qu'elle a pour objectif la dénonciation des faits aux autorités et, partant de cet objectif, qu'elle est adéquate, utile et non excessive, une telle mesure n'implique pas d'ingérence dans l'exercice de ce droit au sens de l'article 8, alinéa 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». La Cour ajoute encore que « l'article 8, alinéa 2, de cette Convention n'implique pas que la mesure ainsi prise doit être préalablement annoncée ». Une pondération des intérêts avec le droit de pouvoir établir des faits infractionnels en présence intervient donc dans l'appréciation de l'existence d'une violation de l'article 8 de la C.E.D.H.

Un arrêt de la Cour d'appel de Mons du 2 mai 2005[131], faisant application de cet arrêt de la Cour de cassation, a ainsi considéré que le droit au respect de la vie privée, prévu à l'article 8, alinéa 1er, de la C.E.D.H. n'empêche pas que, sur la base d'une présomption raisonnable de l'implication d'un tiers dans des infractions commises à son détriment, la victime d'une infraction prenne des mesures afin de constater de nouveaux faits punissables au moyen de vidéosurveillance dans un espace public.

[128] J. Van Compernolle, « Les exigences du procès équitable et l'administration de la preuve en matière civile », *op. cit.*, p. 743 ; B. Allemeersch et S. Ryelandt, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *op. cit.*, p. 171.

[129] *Cf.* section 3, § 2.

[130] Cass. (2e ch.), 27 février 2001, R.G. n° P.99.0706.N.

[131] Mons (1re ch.), 2 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 438.

Dans une décision du 16 février 2010 rendue en matière de divorce[132], la Cour d'appel de Gand met en balance le droit au respect de la vie privée et le droit de la preuve à propos de la production comme preuve d'un enregistrement d'une conversation téléphonique privée entre deux ex-époux. La Cour indique que le droit au respect de la vie privée ne peut conduire à exclure tout enregistrement d'une conversation téléphonique dès lors que le droit de la preuve constitue un droit tout aussi légitime. Elle ajoute que dans cette mise en balance, il faut examiner dans quelle mesure d'autres moyens pouvaient servir de preuve alternative et si les propos recueillis l'ont été par provocation ou non.

Si l'on se replace dans le contexte de la jurisprudence *Antigone*, il semble que la mise en balance des intérêts et droits en présence recouvre le même type d'exercice que celui mis en œuvre dans le cadre de l'évaluation de l'existence d'une ingérence aux termes de l'article 8 de la C.E.D.H. On tient compte notamment du caractère proportionné de l'atteinte et de l'intérêt qu'a la personne qui est l'auteur de l'ingérence critiquée à protéger ses propres droits et intérêts.

On constate toutefois que les approches divergent quant au contexte dans lequel cette pondération entre les droits/manquements en présence intervient. En effet, la pondération des droits en présence permet à la Cour européenne des droits de l'homme de vérifier si l'ingérence induite par la mesure mise en œuvre pour obtenir ou se constituer une preuve est proportionnée et, de ce fait, admissible au regard d'article 8, § 2, de la C.E.D.H. S'il y a violation de l'article 8, § 2, la preuve devrait être écartée. Dans le cadre de l'application de la jurisprudence *Antigone*, le préalable à la mise en balance est qu'il ait été constaté que la preuve litigieuse a été obtenue de manière irrégulière, par exemple en violation de l'article 8 de la C.E.D.H.

Dans le contexte de l'adoption d'une mesure de surveillance par exemple, la logique du raisonnement voudrait donc que la mise en balance des intérêts et droits en présence se fasse au niveau de l'évaluation de l'existence d'une ingérence du fait de cette surveillance, et non plus lorsqu'il s'agit d'appliquer les critères *Antigone*. Ceci dit, le recours à l'une ou l'autre option a une incidence minime sur le résultat, puisque la sanction reste la même, à savoir l'écartement des débats. Le fait que la Cour de cassation inclue dans les critères d'appréciation celui de la mise en balance permet d'ailleurs de tenir compte du critère de pondération induit par l'application de l'article 8 de la C.E.D.H. Un seul bémol : comme la Cour de cassation l'a précisé, le juge du fond n'a pas à justifier de l'examen de la question de l'irrecevabilité au regard de toutes les circonstances reprises dans la jurisprudence de la Cour de cassation[133].

[132] Gand (14e ch.), 16 février 2010, *T.G.R.*, 2010, p. 258.

[133] Cass. (2e ch.), 5 juin 2012, R.G. n° P.11.2100.N/4.

Au regard de ce qui précède, il nous semble que, si l'on met en balance droit de la preuve et droit au respect de la vie privée et que l'on parvient à la conclusion qu'il y a une ingérence qui ne peut être admise au regard des critères de l'article 8, § 2, le juge pourrait, voire devrait, tenir compte de ce déséquilibre pour écarter la preuve, si ce n'est sur la base de l'article 8 de la C.E.D.H., à tout le moins en application de la jurisprudence *Antigone*. Par ailleurs, cette mise en balance appelle une réflexion plus globale, incluant non seulement une attention portée aux manquements que l'on vise à établir, mais également au choix des moyens mis en œuvre pour y parvenir.

Conclusion

Nous avons pu constater que l'essentiel de la jurisprudence rendue en matière sociale sur des questions de recevabilité des preuves obtenues de manière irrégulière concerne des litiges impliquant une forme de surveillance sur le lieu du travail (vidéosurveillance, prise de connaissance de courriers électroniques, contrôle de l'usage d'internet, etc.). Ce constat nous ramène à l'un des deux arrêts phares qui ont marqué la jurisprudence *Antigone*, l'arrêt *Manon* du 2 mars 2005[134]. Cet arrêt intervenait en matière pénale dans un litige à ancrage social puisqu'il était question d'une preuve issue de la vidéosurveillance obtenue en violation de l'information préalable requise par l'article 9 de la C.C.T. n° 68 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard de la surveillance par caméras sur le lieu du travail[135]. Il enseignait que le fait qu'une preuve ait été obtenue, le cas échéant, en violation de la loi n'impliquait pas pour autant la conséquence d'un écartement de la preuve illégale.

Si cette jurisprudence n'intervient en rien pour déterminer ce qui, en matière de surveillance, est contraire à la loi, elle a évidemment un impact sur les solutions judiciaires que peuvent attendre les parties.

À cet égard, on peut faire le constat que confier au juge du fond le soin de déterminer *a posteriori* le sort à réserver à une preuve obtenue de manière irrégulière selon des critères somme toute malaisés à appliquer en matière civile ne joue pas en faveur de la sécurité juridique. Il est d'ailleurs difficile de dégager dans la jurisprudence rendue à ce jour en matière sociale des lignes claires dans la manière d'appliquer la jurisprudence *Antigone*.

Par ailleurs, on ne peut nier le fait que la partie qui se trouvera devant le dilemme de produire ou non une preuve irrégulièrement obtenue ne raisonnera sans doute plus de la même manière. Si avant l'application de la jurisprudence *Antigone*, il était essentiellement question de déterminer si la position de celle-ci pourrait être soutenue par une preuve recueillie régulièrement, le calcul est à présent différent, puisqu'une preuve recalée au test de la licéité pourra être reçue au terme du test des trois critères *Antigone*.

Le caractère incertain de la sanction déforce d'une certaine manière le droit au respect de la vie privée du travailleur qui s'était invité depuis quelques années dans les débats judiciaires en matière de contrôle des travailleurs. De manière générale, la jurisprudence de ces dernières années révèle à la fois une application plus systématique des dispositions censées protéger le droit au respect de la vie privée du travailleur et une diminution de l'effet de protection en raison de la généralisation de l'application de la jurisprudence *Antigone*[136].

Ceci dit, on a vu que la mise en balance des droits et intérêts en présence qui s'applique lorsqu'il s'agit de déterminer si une ingérence dans la vie privée est ou non admissible au regard de l'article 8, § 2, de la C.E.D.H. resurgit dans la jurisprudence *Antigone* au travers des circonstances que le juge peut prendre en compte pour déterminer s'il y a ou non lieu d'écarter des débats une preuve illicitement recueillie. D'une certaine manière, la jurisprudence *Antigone* offre donc la possibilité d'opérer un contrôle de proportionnalité entre les mesures de contrôle ou de surveillance mises en œuvre et les intérêts ainsi poursuivis par l'employeur. À notre sens, cette mise en balance ne doit pas se limiter à une comparaison entre les manquements respectifs des parties (faute du travailleur *vs* irrégularité commise par l'employeur dans l'obtention de la preuve), mais prendre en compte les circonstances dans lesquelles cette mesure est intervenue et la proportionnalité de cette mesure par rapport au but poursuivi.

[134] Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 211, concl. Av. gén. VANDEERMEERSCH, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1086, note M.-A. BEERNAERT.
[135] *Ibid.*
[136] K. ROSIER, « Usage des technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail et droit au respect de la vie privée. Chronique de jurisprudence 2009-2011 », *R.D.T.I.*, 2012, pp. 127-146.