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

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La preuve du motif grave

Rosier, Karen; GILSON, Steve; FRANKART, Aurélie; GLORIEUX, Mikaël

Published in:
Le congé pour motif grave

Publication date:
2011

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Rosier, K, GILSON, S, FRANKART, A & GLORIEUX, M 2011, La preuve du motif grave. dans *Le congé pour motif grave.* Limal, Anthémis, pp. 169-250.

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: 02. May. 2026

La preuve du motif grave

Steve GILSON

Avocat au barreau de Namur
Maître de conférences invité à la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain[1]
Chargé de cours à l'ICHEC

Karen ROSIER

Avocate au barreau de Namur
Assistante aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix
Chercheuse au Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS)

Aurélie FRANKART

Assistante à la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain[1]

Mikaël GLORIEUX

Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction[2]

De nombreux litiges relatifs à un motif grave de licenciement se résolvent par une application des règles relatives à la preuve. Il peut s'agir de la preuve de la régularité formelle du congé ou encore de la preuve des faits qui le fondent.

C'est l'auteur du congé, le plus souvent l'employeur, qui va se trouver confronté à la charge de la preuve de l'ensemble des éléments constitutifs du motif grave[3]. Dans le cadre de cette contribution, nous parlerons fréquemment

---

1 Atelier de droit sociAL – Crides.

2 La présente contribution reprend, pour certaines de ses parties, des extraits, actualisés et remaniés, de K. ROSIER et S. GILSON, « La preuve en droit du travail », *Orientations*, 2007, pp. 1-17 et S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit social », *in* Fr. KUTY et D. MOUGENOT (dir.), *La preuve. Questions spéciales*, CUP, vol. 99, Liège Anthemis, 2008, pp. 179 et s. Voy. aussi, à ce sujet, H. BUYSSENS et K. CLINCKEMALIE, « Knelpunten inzake het bewijs van de dringende reden », *Orientatie*, 2007, pp. 225-248.

3 C. trav. Liège, 3 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1405.

de l'employeur, parce que la situation la plus usuelle est celle d'un licenciement pour motif grave, mais les principes sont, bien évidemment, transposables *mutatis mutandis* à une démission pour motif grave.

Il sera d'abord procédé à une analyse de l'objet et de la charge de la preuve (chapitre 1), avant d'aborder quelques modes de preuve (chapitre 2) et de terminer par l'importante question de la licéité de la collecte de la preuve (chapitre 3).

Chapitre 1
Objet et charge de la preuve[4]

Section 1
Introduction

Une preuve rigoureuse et certaine – Eu égard aux conséquences pour la partie qui fait l'objet du congé, la jurisprudence exige que la preuve apportée soit rigoureuse[5] et certaine[6], ce qui implique que tout doute doit profiter au destinataire du congé[7]. L'auteur du congé subira donc entièrement le risque du défaut probatoire. Notre objectif, dans cette section, est de déterminer quelle est l'étendue de cette charge.

Contribution à l'administration de la preuve – Il convient de ne pas sacraliser les règles relatives à la charge de la preuve, qui sont, dans la pratique, relativisées par une application générale du principe de la *contribution à l'administration de la preuve*. Indépendamment des règles relatives à la charge de la preuve, il est admis, en effet, que les deux parties ont l'obligation de collaborer loyalement au déroulement du procès[8]. Comme le relève D. Mougenot, « aucun plaideur ne peut se retrancher dans le silence ou l'abstention sous le prétexte que la charge de la preuve incombe à son adversaire, s'il dispose d'éléments dont ce dernier pourrait se prévaloir »[9]. Le principe de la collaboration des parties à l'administration de la preuve, illustré notamment par les articles 871 et 877 du Code judiciaire, relatifs à la production de documents par les parties, a dès lors banni l'adage *nemo tenetur edere contra se*, par l'application duquel une partie pouvait, notamment, refuser de produire un élément de preuve lui étant défavorable[10]. Il est ainsi admis que le juge peut ordonner la production d'une preuve par une partie sous peine d'astreinte[11].

On notera toutefois que le fait qu'une partie collabore activement à l'instruction du dossier ne peut, en toute hypothèse, aboutir à faire peser sur elle le risque de la preuve si elle ne le supportait pas à l'origine[12].

En conséquence, comme la doctrine le relève fréquemment, l'article 1315 du Code civil « règle moins l'ordre dans la charge de la preuve que celui de l'imputation du risque de preuve ou, plus précisément, du défaut de preuve »[13]. Selon les termes de la Cour de cassation de France, « l'incertitude et le doute subsistant à la suite de la production d'une preuve doivent nécessairement être retenus au détriment de celui qui avait la charge de cette preuve »[14]. Ainsi, en cas de congé pour motif grave, le doute quant à l'existence de la faute joue-t-il en faveur du travailleur[15].

Dans certains cas spécifiques, le fait de ne pas apporter la preuve du fait reproché est également sanctionné. Ainsi, accuser un travailleur sans pouvoir en apporter la preuve peut, dans certains cas, entraîner une condamnation au paiement de dommages et intérêts[16]. De même, si les preuves ont été écartées des débats parce qu'elles ont été collectées au mépris du droit au respect de la vie privée, la partie qui a produit ces preuves peut se voir condamnée au paiement de dommages et intérêts[17].

4 Sur la charge de la preuve, on lira avec intérêt M. Clavie, « La charge de la preuve : question choisie en matière contractuelle », *in La preuve*, Liège, CUP, vol. 54, 2002, pp. 5-38.

5 C. trav. Liège, 4 septembre 1997, *Orientations*, 1997, n° 10, p. 3.

6 C. trav. Mons, 16 mai 1991, *Bull. F.E.B.*, 1992, p. 78. Il a ainsi été jugé que n'était pas une preuve certaine de la rédaction de faux rapports d'activité une comparaison du nombre de kilomètres qu'un représentant de commerce prétend avoir parcourus dans le cadre de ses prospections avec le nombre de kilomètres qui auraient été parcourus théoriquement, selon un planificateur d'itinéraires électronique (C. trav. Bruxelles, 14 août 2008, *J.T.T.*, 2009, p. 125).

7 C. trav. Bruxelles, 16 mars 1989, *R.D.S.*, 1989, p. 238.

8 N. Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 46.

9 D. Mougenot, *Les obligations : la preuve*, tiré à part du *Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 92 et les références citées.

10 P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, 4e éd., vol. V, syllabus U.L.B., Bruxelles, P.U.B., 1999-2000, p. 30 ; G. Demez, « La participation des parties à l'administration de la preuve », *R.C.J.B.*, 1974, p. 158.

11 Mons, 12 juillet 1985, *J.L.M.B.*, 1985, p. 16.

12 D. Mougenot, « La preuve : évolution et révolution », *in* P. Wéry (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Charte, 2004, p. 132 et les références citées.

13 N. Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 43.

14 Cass. fr., 31 janvier 1962, *Bull. civ.*, 1962, IV, n° 105. Voy. aussi Cass., 17 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 467, p. 1164 ; L. Simont, « La charge de la preuve. Jurisprudence récente de la Cour de cassation », *in Actualité du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 23.

15 C. trav. Bruxelles, 16 mars 1989, *R.D.S.*, 1989, p. 238.

16 Trib. trav. Bruxelles, 14 septembre 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 257.

17 Pour des cas dans lesquels une indemnité a été octroyée au travailleur, voy. C. trav. Mons (8e ch.), 8 décembre 2010, inéd., R.G. n° 2009/AM/21 709 ; 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. Liège (sect. Namur), 11 janvier 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 488, note K. Rosier et S. Gilson.

Section 2
Principes généraux : *actori incubit probatio*

Règle de base – La règle de base relative à la charge de la preuve figure à l'article 1315 du Code civil : celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver et, réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. L'article 870 du Code judiciaire renforce l'article 1315 du Code civil en lui donnant une portée plus générale, sans lui apporter aucune dérogation[18].

Cette double règle amène à la conséquence que la charge de la preuve d'un fait ne dépend pas de la nature de celui-ci, mais de celui qui l'invoque, de sorte qu'un même fait va devoir, selon les cas, être prouvé par des personnes différentes. Ainsi, l'employeur qui licencie pour motif grave un travailleur apte au travail pour cause d'absence injustifiée a-t-il la charge de la preuve du motif grave, à savoir l'absence injustifiée, alors qu'il appartient au travailleur d'apporter la preuve de son incapacité de travail pour avoir droit au salaire hebdomadaire garanti[19].

Application au motif grave – L'article 35, alinéa 8, de la loi du 3 juillet 1978 énonce deux règles relatives à la charge de la preuve en matière de congé pour motif grave. La partie qui invoque le motif grave doit prouver la réalité du motif invoqué. En outre, elle doit fournir la preuve du fait qu'elle a respecté les délais de congé et de notification.

La première règle de preuve, relative à l'existence du motif grave, est une pure et simple application du principe *actor incumbit probatio*. Comme le relève un arrêt de la cour du travail de Liège, le congé pour motif grave doit être considéré comme un mode exceptionnel de rupture du contrat, car il s'agit pour le travailleur congédié d'une sanction extrêmement grave ; il faut donc que la preuve soit faite de manière rigoureuse, quelles que soient les difficultés concrètes que l'employeur peut connaître pour rapporter la preuve d'un fait dans certaines circonstances[20].

La deuxième règle, relative à la preuve du respect du double délai, ajoutée en 1985[21], est considérée comme un cas de renversement de la charge de la preuve[22]. En effet, avant 1985, la jurisprudence estimait qu'il appartenait à la

18 Cass., 18 janvier 2002, *Pas.*, 2002, I, n° 42, p. 201 ; L. SIMONT, « La charge de la preuve. Jurisprudence récente de la Cour de cassation », *op. cit.*, 2005, p. 27.

19 C. trav. Liège, 25 mars 1993, *Chron. D.S.*, 1994, p. 351.

20 C. trav. Liège, 15 janvier 2004, inéd., R.G. n° 31 300/03.

21 Loi du 18 juillet 1985 modifiant la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, art. 7 (M.B., 31 août 1985, p. 12 560).

22 O. VANACHTER, « De bewijslast », *in A.T.O.*, Antwerpen, Kluwer, I, pp. 602-630 ; H. BUYSSENS, « Bewijs inzake arbeidsovereenkomstenrechten », *in Actuele problemen van het arbeidsrecht*, 4e éd., Antwerpen, Maklu, 1993, p. 205.

partie qui affirmait que l'employeur était au courant des faits depuis plus de trois jours d'en apporter la preuve[23]. La Cour de cassation, dans un arrêt postérieur à la modification de la loi de 1985, a atténué quelque peu la charge de la preuve de l'employeur concernant le respect du délai de congé. Elle estime, en effet, que « lorsque le juge considère que la partie qui a mis fin au contrat pour motif grave prouve qu'elle n'a eu connaissance des faits constituant le motif grave que dans les trois jours ouvrables précédant le congé, il décide légalement que la partie licenciée doit prouver que celui qui a donné le congé connaissait déjà ces faits depuis plus de trois jours »[24].

Section 3
Preuve de la réunion des conditions d'existence d'un motif grave

Matérialité du fait – L'employeur a tout d'abord – c'est l'évidence – la charge de la preuve de la matérialité du fait qu'il va qualifier de motif grave[25].

Encore faut-il que la matérialité du fait soit contestée. En effet, l'administration de la preuve n'est requise que dans la mesure où le droit invoqué est contesté[26]. Seuls les faits contestés doivent être prouvés[27], cette contestation pouvant résulter d'une simple dénégation de la partie adverse. Il nous semble cependant que la contestation doit être, à tout le moins, précise et circonstanciée : elle ne peut consister en une contestation générale prenant la forme d'une formule de style dans les conclusions.

Dès lors que la preuve du fait pouvant justifier le motif grave est apportée avec l'ensemble des circonstances l'entourant, il appartient au destinataire du congé, qui voudrait écarter l'interprétation évidente qui en serait faite, d'apporter la preuve de ses allégations. Par exemple, un travailleur licencié pour absence *a priori* injustifiée, qui prétend avoir pris des vacances en accord avec l'employeur, devra prouver cet accord[28]. Il est ainsi également admis que si un travailleur évoque des circonstances pour écarter, par exemple, l'existence d'une intention frauduleuse dans le cadre d'une accusation de vol, il doit en apporter la preuve[29].

23 Cass., 1er avril 1965, *Pas.*, I, p. 819 ; Cass., 5 mai 1976, *Arr. cass.*, 1976, p. 994 ; *Pas.*, 1976, I, p. 957 ; C. trav. Anvers, 15 décembre 1980, *R.W.*, 1981-1982, p. 1897.

24 Cass., 4 décembre 1989, *Arr. cass.*, 1989-1990, p. 470 ; *Bull.*, 1990, p. 418 ; *J.T.T.*, 1990, p. 92 ; *Pas.*, 1990, I, p. 418 ; *R.W.*, 1989-1990, p. 1293.

25 C. trav. Liège, 28 septembre 1987, *Chron. D.S.*, 1988, p. 304.

26 P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 2.

27 Cass., 10 mai 2001, *Pas.*, 2001, I, n° 270, p. 807.

28 Cass., 6 mars 2006, *J.T.T.*, 2007, p. 6.

29 C. trav. Liège, 24 novembre 1999, *J.T.T.*, 2000, p. 212.

Fait fautif constitutif de motif grave – L'employeur doit donc prouver l'existence d'une faute – qu'elle soit intentionnelle ou non[30] – d'une gravité telle qu'elle rend immédiatement et définitivement impossible la poursuite des relations contractuelles. On sait, en effet, que la gravité intrinsèque de la faute constitue un élément essentiel du motif grave, élément qui est indépendant de l'impossibilité de poursuivre la collaboration professionnelle[31]. Il est admis que le fait qu'une relation de travail ne puisse plus être poursuivie, même pendant une brève période, est un élément essentiel de l'appréciation du motif grave[32].

L'employeur a donc la charge de la preuve de l'impact de la faute sur la poursuite des relations contractuelles. Il lui appartient d'établir « en quoi les faits reprochés rendaient impossible la poursuite de la collaboration avec lui-même et non avec un tiers comme un supérieur hiérarchique immédiat, par exemple »[33].

L'employeur a dès lors, en quelque sorte, la charge de la preuve de la matérialité d'un fait et des conséquences de celui-ci. Il se trouve dans une situation où il devient responsable de la qualification qu'il a donnée au fait justifiant la rupture.

En revanche, l'employeur ne doit pas prouver qu'il s'agirait d'une faute contractuelle[34]. L'employeur n'a pas non plus la charge de la preuve du fait que la faute aurait été commise à son égard[35] ou encore qu'elle aurait entraîné un dommage[36].

Preuve de l'imputabilité morale – Cette faute doit être imputable au travailleur licencié, en ce sens qu'il doit l'avoir commise personnellement. La preuve en incombe à l'employeur. Celui-ci aura ainsi la charge de la preuve du caractère individuel de la faute, celle-ci ayant été commise par un individu déterminé[37].

Il nous semble, par contre, que si le travailleur invoque un problème *d'imputabilité morale*, prétextant, par exemple, qu'il n'avait pas son libre arbitre au moment des faits et que cela doit l'exonérer de toute responsabilité, c'est à

30 Une faute non intentionnelle peut, en effet, constituer un motif grave (C. trav. Bruxelles, 17 janvier 1978, *J.T.T.*, 1978, p. 178).

31 Trib. trav. Mons, 12 octobre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 739.

32 Cass., 1er juin 1981, *J.T.T.*, 1981, p. 295, concl. Av. gén. LENAERTS.

33 Cass., 19 décembre 1988, *Pas.*, 1989, p. 438; Cl. WANTIEZ, *Le congé pour motif grave*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 22.

34 Cass., 6 mars 1995, *J.T.*, 1995, p. 281, note C.W.

35 *Ibid.*, p. 280.

36 Cass., 9 mars 1986, *J.T.T.*, 1987, p. 128.

37 Voy. C. trav. Bruxelles, 14 février 1984, *R.D.S.*, 1984, p. 173.

lui d'en apporter la preuve. Ainsi, le comportement qui est la conséquence d'un déséquilibre mental n'aurait pas de caractère fautif[38]. De même, si le travailleur, pour relativiser son comportement, veut invoquer un état personnel de fragilité, de dépression, etc., il lui incombe d'en apporter la preuve.

Preuve du manquement continu – Il est admis que si l'employeur invoque une faute continue, il lui appartient d'apprécier « à partir de quel moment cette faute rend définitivement et immédiatement impossible la collaboration professionnelle »[39].

Preuve des faits antérieurs ou ultérieurs – L'employeur a le droit d'apporter la preuve de faits antérieurs[40] ou ultérieurs[41] pour éclairer le congé. S'il évoque de tels faits, il doit en apporter la preuve.

Preuve d'un dommage spécifique – Il va de soi que si la partie qui a donné le congé invoque un préjudice donnant lieu à des dommages et intérêts (ce qui n'est pas un élément constitutif du motif grave), il lui appartient d'en prouver l'existence et l'étendue[42]. Dans cette hypothèse, il lui incombe de prouver qu'il s'agit d'un dommage distinct de celui réparé par la cessation immédiate du contrat de travail[43].

Section 4
Preuve du respect des conditions formelles de notification du congé et des motifs

Preuve de la précision des motifs notifiés[44] – L'employeur, s'il notifie le congé, a également la charge de la preuve de la précision des motifs notifiés. L'employeur doit donc prouver que les faits, tels qu'il les a libellés, sont suffisamment précis pour permettre au travailleur de connaître ce qui lui est reproché et au juge d'apprécier la gravité du motif.

Preuve du respect des règles relatives à la notification – On sait que l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 établit les modes de notification du motif grave. C'est à l'auteur du congé d'apporter la preuve du respect des

38 C. trav. Bruxelles, 6 mars 1984, *J.T.T.*, 1984, p. 482; C. trav. Bruxelles, 16 septembre 1992, *Chron. D.S.*, 1994, p. 369.

39 Cass., 27 novembre 1995, *J.T.T.*, 1996, p. 141.

40 Cass., 27 février 1978, *R.W.*, 1978-1979, p. 331.

41 Cass., 24 septembre 1979, *J.T.T.*, 1980, p. 98; Cass., 13 octobre 1986, *J.T.T.*, 1990, p. 92.

42 C. trav. Liège, 2 juillet 1975, *Bull. F.E.B.*, 1977, p. 1994; C. trav. Bruxelles, 27 mai 1977, *R.W.*, 1977-1978, p. 2014; C. trav. Liège (sect. Namur), 17 avril 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 304.

43 Cass., 13 avril 2006, *R.A.B.G.*, 2006, p. 1010, note M. DESMEDTS; *J.T.T.*, 2006, p. 200. Voy. à ce sujet la contribution de R. Capart dans cet ouvrage, p. 431.

44 Voy. à ce sujet le texte de B. Paternostre dans cet ouvrage, p. 141.

dispositions formelles et, notamment, par exemple, du fait que la lettre a été adressée à une bonne adresse, qu'elle a été signée, que le congé émanait d'une personne habilitée à exprimer la volonté de l'employeur, etc.

S'il y a contestation à ce sujet, l'employeur devra apporter la preuve que le congé émanait d'une personne compétente et, le cas échéant, qu'il y a eu un mandat ou que le congé a été ratifié par la personne compétente ultérieurement[45].

Preuve du respect du délai de trois jours – Le congé pour motif grave ne peut plus être donné sans préavis ou avant l'expiration du terme lorsque le fait qui l'aurait justifié est connu de la partie qui donne le congé depuis trois jours ouvrables au moins. Parmi les preuves les plus délicates à apporter figure la preuve du respect du délai de trois jours entre la prise de connaissance des faits et la notification du congé. L'auteur du congé a la charge de la preuve du jour où le fait a été connu[46]. Il est en effet admis que la partie qui notifie le motif grave doit prouver qu'elle a respecté le délai en matière de congé et de notification des motifs de celui-ci[47]. On sait qu'il peut y avoir de nombreuses discussions à ce sujet puisqu'on vise ici la connaissance certaine du fait, laquelle doit être distinguée de la preuve de ce fait.

L'employeur doit donc apporter la preuve de la date d'une *connaissance certaine des faits*, soit la possibilité à un moment déterminé de prendre une décision en connaissance de cause quant à l'existence du fait et des circonstances de nature à lui attribuer le caractère d'un motif grave. La Cour de cassation vise, à cet égard, une certitude suffisante pour sa propre conviction[48], tout en retenant que ce moment ne doit pas nécessairement coïncider avec celui où il est possible d'apporter la preuve des faits[49]. En effet, il est admis que la prise de connaissance des faits ne s'identifie pas avec le moment où l'auteur du congé a la possibilité de fournir la preuve de ces faits[50]. Toutefois, il doit être considéré que l'employeur n'a pas de certitude suffisante lorsqu'il ne dispose d'aucune preuve, simplement de soupçons[51].

45 Voy. à ce sujet le texte de P. Joassart et B. Van Sluys dans cet ouvrage, p. 115.

46 Voy. à ce sujet le texte de M. Dumont dans cet ouvrage, p. 65.

47 C. trav. Liège, 28 septembre 1987, *Chron. D.S.*, 1988, p. 304; Trib. trav. Nivelles, 24 juin 1988, *Chron. D.S.*, 1989, p. 22; C. trav. Anvers, 16 août 2000, inéd., R.G. n° 2000/58; C. trav. Mons, 1er mars 1999, *J.T.T.*, 2000, p. 62; C. trav. Bruxelles, 4 décembre 1998, inéd., R.G. n° 34 445; C. trav. Gand, 18 novembre 1998, inéd., R.G. n° 97/363. Voy. aussi P. Maerten et O. Wouters, « Licenciement pour motif grave: le délai de trois jours ouvrables (partie I) », *in A.E.B. Licenciement et démission*, n° 86, Kluwer, 2001, p. 5.

48 Cass., 14 mars 1979, *J.T.T.*, 1980, p. 78; Cass., 14 octobre 1996, *J.T.T.*, 1996, p. 500.

49 C. trav. Bruxelles, 21 mars 1997, *Bull. F.E.B.*, 1998, p. 82; C. trav. Liège, 24 avril 1997, *Chron. D.S.*, 1998, p. 79.

50 Cass., 2 janvier 1990, *R.D.S.*, 1990, p. 139; Trib. trav. Bruxelles, 12 juillet 1999, inéd., R.G. n° 77 350/98, cité *in* P. Maerten et O. Wouters, « Licenciement pour motif grave: le délai de trois jours ouvrables (partie I) », *op. cit.*, p. 7.

51 Trib. trav. Bruxelles, 12 juillet 1999, inéd., R.G. n° 77 350/98; Trib. trav. Tongres, 6 octobre 1999, inéd., R.G. n° 25/99; Trib. trav. Liège, 27 mars 2000, inéd., R.G. n° 274 430; Trib. trav. Bruxelles, 17 mai 2000, inéd., R.G. n° 46 777/27, cité *in* P. Maerten et O. Wouters, « Licenciement pour motif grave: le délai de trois jours ouvrables (partie I) », *op. cit.*, p. 7.

52 C. trav. Bruxelles, 19 mars 1985, *Chron. D.S.*, 1985, p. 178; C. trav. Bruxelles, 18 février 1986, *J.T.T.*, 1986, p. 464; C. trav. Mons, 1er mars 1999, *J.T.T.*, 2000, p. 62.

53 Cass., 4 décembre 1989, *Arr. cass.*, 1989-1990, p. 470; *R.W.*, 1989-1990, p. 1993; *J.T.T.*, 1990, p. 92.

54 Cass., 28 février 1994, *J.T.T.*, 1994, p. 286.

55 Cass., 13 mai 1991, *R.W.*, 1991-1992, p. 406; Cass., 7 décembre 1998, *J.T.T.*, 1999, p. 149; Cass., 14 mai 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 390.

56 Cl. Wantiez, *Le congé pour motif grave*, *op. cit.*, p. 81.

57 N. Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 19.

58 Cass., 22 mai 2000, *J.T.T.*, 2000, p. 369, concl. Av. gén. Leclercq.

Il est dès lors admis que si les faits qui sont à la base du congé pour motif grave sont survenus plus de trois jours ouvrables avant la notification, l'employeur devra prouver les circonstances qui ont fait qu'il n'en a pris connaissance que plus tard[52].

Dès lors que cette preuve est rapportée (l'auteur du congé a prouvé qu'il n'avait eu connaissance des faits constituant le motif grave qu'à un moment déterminé), il appartiendra au travailleur d'apporter la preuve contraire de la connaissance suffisante antérieure[53].

L'employeur ne doit donc pas apporter la preuve qu'il n'aurait pas pu en prendre connaissance plus tôt[54]. En d'autres termes, il ne doit pas apporter la preuve qu'il n'y a pas eu de négligence ou qu'il ne lui a pas été possible de prendre connaissance plus tôt des faits.

Par ailleurs, l'employeur a la charge de la preuve de la *connaissance effective par la personne qui a le pouvoir de rompre le contrat de travail*. Certes, la Cour de cassation a considéré qu'il n'y avait pas d'obligation, pour l'entreprise, d'avoir une organisation qui permettrait que la personne investie du pouvoir de licencier soit informée en temps utile du motif grave[55]. Il n'en demeure pas moins que l'employeur aura à prouver la date à laquelle la personne, statutairement compétente pour licencier, a été informée des faits.

La preuve du respect du délai ne doit pas nécessairement résulter de l'acte de congé ni de la notification du motif grave[56].

En principe, le juge ne peut, en l'absence de dénégation, vérifier la réalité des faits allégués devant lui[57]. Toutefois, la règle relative au délai est bilatéralement impérative et donc établie en faveur du travailleur et de l'employeur, de sorte que le juge doit en examiner l'application dans le respect des droits de la défense, même si le demandeur s'est abstenu d'en faire état dans un premier temps[58].

Preuve de la nécessité d'une enquête préalable ou d'une audition préalable – L'employeur aura aussi à apporter la preuve de la nécessité d'une enquête préalable. On sait, en effet, qu'une telle enquête peut être uti-

lisée artificiellement pour tenter de faire reporter la prise de cours du délai de trois jours. Il en va exactement de même en matière d'audition préalable[59].

Certes, la Cour de cassation a considéré que ce n'est pas parce que le licenciement avait été décidé après un entretien sur la base de faits qui étaient connus de l'employeur avant celui-ci qu'il devait en être déduit que ce dernier disposait déjà, à ce moment, de tous les éléments d'appréciation nécessaires pour prendre une décision en connaissance de cause[60]. Il n'en demeure pas moins qu'il appartiendra à l'employeur, en cas de licenciement pour motif grave, d'apporter la preuve du fait que cette audition était nécessaire à l'acquisition d'une conviction suffisante. Comme le relève dès lors H. Deckers, «l'employeur devra démontrer qu'au moment où il a initié l'enquête préalable, il ne disposait pas encore de l'ensemble des éléments lui permettant de fonder sa conviction, peu importe le moment auquel cette enquête fut initiée». Le principe est tout à fait identique en matière d'audition préalable[61].

Section 5
La preuve de la licéité et de la fiabilité des modes probatoires

Aussi paradoxal que cela puisse paraître, celui qui se voit attribuer la charge de la preuve doit démontrer, en cas de contestation, que la preuve qu'il apporte est valable. Nous reviendrons sur cette question de la licéité de la preuve dans le troisième chapitre, nous contentant pour l'instant de rappeler la règle relative à la charge de la preuve.

Preuve de la légalité des modes probatoires – En cas de contestation, l'employeur a également la charge de la preuve de la légalité de la collecte de la preuve[62]. De la sorte, l'employeur va se trouver confronté à la nécessité de justifier la façon dont il a recueilli la preuve et, indirectement, de prouver le respect des règles qui encadrent certains modes de surveillance intrusifs pour la vie privée des travailleurs. Ainsi, en théorie, la preuve obtenue en violation de la convention collective de travail n° 68 sur la vidéosurveillance, de la convention collective de travail n° 81 sur l'usage des nouvelles technologies, etc., devrait être écartée des débats.

Dès lors que la partie victime du congé invoque l'illicéité de la preuve ou que le juge l'invoque d'office, il appartient à l'auteur du congé de démontrer la régularité de cette preuve.

59 Voy. à ce sujet le texte de O. Deprince dans cet ouvrage, p. 83.
60 Cass., 14 octobre 1996, *Arr. cass.*, 1996, p. 121 ; *J.T.T.*, 1996, p. 500.
61 H. Deckers, *Le licenciement pour motif grave*, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 78 et 79.
62 *Ibid.*, p. 87.

Ces principes demeurent identiques, mais on sait que, depuis les arrêts *Antigone* et *Manon* de la Cour de cassation, la sanction en cas d'illicéité de cette preuve ne sera plus nécessairement l'écartement de celle-ci. Toujours en application des règles de la charge de la preuve, il appartiendrait alors, du moins à supposer cette jurisprudence applicable au litige civil, à l'employeur de démontrer les raisons pour lesquelles, selon lui, la preuve ainsi recueillie irrégulièrement ne devrait pas être écartée. Nous y reviendrons *infra*.

Preuve de la fiabilité et de la valeur probante des modes de preuve – La partie qui invoque un élément de preuve a également la charge de la preuve de la fiabilité et de la valeur probante de cet élément. Ainsi, si on invoque un S.M.S., une simple transcription n'aurait pas de valeur spécifique. Il en irait différemment dans le cadre d'une transcription par un huissier ou par la police.

Section 6
Les preuves n'incombant pas à l'auteur du congé

Les éléments susceptibles de devoir être prouvés par l'auteur du congé sont déjà forts lourds pour qu'on ne lui impose pas de devoir prouver d'autres faits. Si cela va sans dire, cela va parfois encore mieux en le disant…

***Quantum* de l'indemnité compensatoire de préavis** – En ce qui concerne le *quantum* de l'indemnité compensatoire de préavis à verser en matière d'irrégularité du congé pour motif grave, la charge de la preuve incombe au travailleur, victime du licenciement.

Autres indemnités – Si l'employé estime que le congé pour motif grave est abusif, il doit évidemment le prouver. L'ouvrier, quant à lui, peut invoquer l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978.

De même, si le travailleur invoque une cause de protection particulière contre le licenciement, il lui appartient d'apporter la preuve de celle-ci. À cet égard, pour autant que cette preuve soit apportée, on sait que les régimes spéciaux de protection contre le licenciement opèrent généralement un renversement de la charge de la preuve au profit du travailleur protégé, imposant à l'employeur de prouver que le licenciement est intervenu pour un motif étranger à la cause de la protection.

Vice de consentement affectant le congé – Incidemment, on signalera que, si le travailleur prétend avoir démissionné sous la menace d'un licenciement pour motif grave, il lui appartient d'apporter la preuve du vice de consentement qu'il invoque et de toutes les conditions de ce vice. On sait, en effet, que la violence morale doit avoir été déterminante du consentement du

travailleur, de nature à influencer la volonté d'une personne normalement raisonnable et lui faire craindre un mal considérable, tout en étant injuste.

Chapitre 2
Modes de preuve

Section 1
Introduction : la notion même de preuve

Alléguer n'est pas prouver. Il est admis que des affirmations unilatérales ne constituent pas une preuve[63] si elles sont contestées[64]. Ainsi, les allégations contestées ne peuvent pas servir de preuve et fonder un licenciement pour motif grave[65]. Viole les règles de la preuve l'arrêt qui conclurait à l'existence des griefs reprochés en se fondant sur des allégations de l'employeur qui sont contestées par le travailleur[66].

La cour du travail de Bruxelles a considéré que la preuve certaine requise en matière de motif grave ne pouvait pas résulter d'une simple conviction subjective du juge[67]. Pourtant, la frontière est mince entre cette conviction subjective et les présomptions de l'homme, qui sont admissibles dans une mesure limitée par le Code civil et qui peuvent, quant à elles, entraîner la conviction.

Section 2
La preuve est libre et peut être rapportée par toutes voies de droit

Principe de la liberté de la preuve – La preuve du motif grave est libre et peut donc être rapportée par toutes voies de droit[68].

Sont traditionnellement opposés le système de la preuve réglementée ou légale du droit civil et le système de la preuve libre du droit commercial[69]. Le droit social se situe à mi-chemin entre ces deux systèmes, puisqu'un assouplissement de la preuve réglementée est établi par l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978. Successeur notamment de l'article 4 de la loi du 10 mars 1900 sur les

63 C. trav. Bruxelles, 10 janvier 2001, inéd., R.G. n° 36 656, www.cass.be.
64 Cass., 3 mars 1978, *Pas.*, I, 1978, p. 759 ; Cass., 15 octobre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 165.
65 Cass., 14 novembre 1988, *J.T.T.*, 1989, p. 80 ; *Chron. D.S.*, 1989, p. 43.
66 *Ibid.*
67 C. trav. Bruxelles, 20 juin 2007, inéd., R.G. n° 47 356, cité *in* H. Deckers, *Le licenciement pour motif grave*, *op. cit.*, p. 87.
68 Cass., 24 septembre 1979, *J.T.T.*, 1981, p. 98 ; Cass., 13 octobre 1986, *Pas.*, 1987, p. 164.
69 N. Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 25.

contrats de travail, l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978[70] vise tous les faits qui concernent tant l'exécution que la rupture du contrat[71].

En vertu de l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978, la preuve par témoins est toujours admise, quelle que soit la valeur du litige en droit social. Il en va donc de même de la preuve par présomptions[72]. L'article 12 de la loi du 3 juillet 1978 laisse « intacte la prééminence de la preuve littérale »[73] ; il ne permet pas de prouver par témoignages contre ou outre l'écrit[74]. Toutefois, l'espèce, cela n'a guère d'incidence. En effet, on retiendra notamment que l'article 1341 du Code civil ne s'applique pas *à la preuve des faits juridiques*. Comme le relève D. Mougenot, « sont de simples faits susceptibles d'être prouvés par témoignage et présomption les vices de consentement, la fraude, la force majeure, le motif grave »[75]. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer au motif grave l'article 1341 du Code civil, qui ne s'applique qu'à un acte juridique et non pas à un fait juridique[76].

Autorité de la chose jugée – Incidemment, on signalera que l'autorité de chose jugée d'une décision peut être constitutive de la preuve de la matérialité d'un fait. Il en irait ainsi, par exemple, dans l'hypothèse d'une condamnation pénale, en application du principe d'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil : la matérialité d'un fait qui aurait été constaté par la juridiction pénale s'impose au tribunal du travail dans l'appréciation d'un motif grave. Évidemment, cette autorité est limitée à ce qui a été décidé par la décision pénale[77]. Par ailleurs, ce n'est pas parce qu'un fait est reconnu qu'il doit nécessairement être qualifié de motif grave ou qu'il a été dénoncé dans le respect des règles de forme prescrites (délai, précision des motifs, etc.).

70 Sur l'historique de cette disposition, voy., avec intérêt, Th. Verheyden, « Les péripéties du droit de la preuve en matière de contrat de travail », *in* P. Van der Vorst (dir.), *Cent ans de droit social belge*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 257.
71 *Ibid.*, p. 257. Voy. aussi C. trav. Mons, 8 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1339 ; C. trav. Anvers, 26 avril 1999, *R.W.*, 2000-2001, p. 593.
72 M. Jamoulle, *Le contrat de travail*, t. I, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'Université de Liège, 1982, p. 379.
73 M. Jamoulle, *Le contrat de travail*, *op. cit.*, p. 379.
74 C. trav. Mons, 18 décembre 1998, R.G. n° 11 396, www.cass.be (somm.).
75 D. Mougenot, *Les obligations : la preuve*, *op. cit.*, p. 102.
76 Voy. à ce sujet, Cl. Wantiez, *Le congé pour motif grave*, *op. cit.*, pp. 33-34.
77 Voy. à ce sujet, le texte de F. Lagasse dans cet ouvrage, p. 291.

Section 3
Examen de quelques modes de preuve, leur force probante et leur valeur probante

Il ne nous est pas possible d'examiner, dans le cadre limité de cette contribution, l'ensemble des modes de preuve[78]. Dès lors, dans un premier temps, nous nous limiterons aux preuves régulièrement invoquées (témoignages, présomptions et aveux), pour lesquelles nous nous cantonnerons à quelques brefs rappels, et, dans un second temps, nous examinerons plus longuement des modes plus particuliers (rapport de détective privé, fouille et audit interne).

A. Les témoignages

L'auteur du congé pour motif grave a le droit de prouver le motif grave par témoins[79], en ce compris le jour de la connaissance des faits[80]. La preuve testimoniale ne peut toutefois pas permettre de corriger le libellé imprécis d'une lettre de congé[81].

Il est admis que le juge décide souverainement si la preuve par témoins peut être rapportée, mais il ne doit pas violer le droit de principe de fournir une telle preuve[82].

Le seul témoignage est celui qui est administré dans le cadre de l'enquête telle qu'elle est organisée par les articles 915 et 961 du Code judiciaire[83]. Les attestations ou dépositions consignées dans un document reçoivent un traitement distinct.

1. Le rôle du juge

Lorsque la loi n'interdit pas d'apporter la preuve par témoins, le juge apprécie souverainement l'opportunité d'une enquête. Il décide souverainement si la preuve peut être rapportée utilement par ce biais[84], pour autant qu'il ne méconnaisse pas le droit de principe de rapporter la preuve par témoins[85]. Ainsi, il a été jugé que l'arrêt qui refuse la preuve par témoins de l'existence d'une enquête préalable au licenciement viole le droit de rapporter la preuve

78 Voy. notamment, à ce sujet, S. Gilson, K. Rosier et E. Dermine, « La preuve en droit social », *op. cit.*, pp. 179 et s.

79 Cass., 18 mars 1991, *J.T.T.*, 1991, p. 325.

80 Cass., 5 décembre 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 154.

81 C. trav. Bruxelles, 9 juin 1993, *J.T.T.*, 1994, p. 74. Voy. à ce sujet le texte de B. Paternostre dans cet ouvrage, p. 141.

82 Cass., 18 mars 1991, *Pas.*, 1991, p. 663; Cass., 5 décembre 1994, *Pas.*, 1994, p. 1053; *J.T.T.*, 1995, p. 25.

83 P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 189.

84 Cass., 19 février 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 662.

85 Cass., 18 mars 1991, *J.T.T.*, 1991, p. 325; Cass., 5 décembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 25.

par témoins[86]. Nous verrons toutefois que certains facteurs peuvent justifier le refus d'autoriser la preuve par enquêtes.

Par ailleurs, le juge peut ordonner d'office une enquête sur la base de l'article 916 du Code judiciaire, qui lui confère le droit d'ordonner d'office une mesure d'instruction. Par exemple, dans le cadre de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, le juge apprécie souverainement la valeur probante des éléments produits et peut ordonner, de plein droit ou à la demande d'une des parties, des mesures d'instruction[87]. M. Jourdan[88] rappelle que le juge peut libeller lui-même les faits sur lesquels les témoins seront appelés à déposer et qu'il a également la faculté de modifier ou de préciser les faits tels qu'ils sont articulés par la partie qui a sollicité la tenue d'une enquête[89].

2. Les critères

Le témoignage ne peut porter que sur des faits matériels et non sur la nature juridique ou les conséquences juridiques s'attachant à un fait matériel[90].

Seuls les faits précis et pertinents peuvent faire l'objet d'une enquête, en application de l'article 915 du Code judiciaire. Le fait précis est celui qui permettra à l'adversaire de rapporter la preuve contraire et le fait pertinent est celui qui a un rapport avec le litige et qui, s'il est établi, pourra avoir une influence sur celui-ci[91]. Comme le souligne à juste titre M. Jourdan[92], « la précision exigée suppose que l'offre d'enquête repose sur un fait et non sur une appréciation subjective » ou « un caractère vague et/ou général ». Et cet auteur de poursuivre : « la jurisprudence exige ainsi en règle générale que le fait offert à preuve porte sur un événement objectif, à savoir un événement que le témoin est susceptible d'avoir personnellement constaté et qu'il s'agisse d'un fait concret, clairement identifié par l'employeur ». Le fait doit également être daté[93].

Si les faits ne sont pas pertinents, le juge doit rejeter l'offre de preuve[94]. Le juge peut également rejeter une demande d'enquête :

- lorsqu'il est suffisamment éclairé ;
- lorsque les faits sont d'ores et déjà prouvés ;

86 Cass., 5 décembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 25.

87 Cass., 4 mars 1985, *Chron. D.S.*, 1985, p. 140.

88 M. Jourdan, « L'abus du droit de rupture », *in Guide social permanent*, Commentaire droit du travail, Kluwer, version en ligne.

89 C. trav. Liège, 9 novembre 1998, inéd., R.G. n° 26 376/97; Mons, 24 mars 1987, *Pas.*, 1987, II, p. 130, cité *in* M. Jourdan, « L'abus du droit de rupture », *op. cit.*

90 P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 189.

91 N. Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 400.

92 M. Jourdan, « L'abus du droit de rupture », *op. cit.*

93 C. trav. Liège, 23 septembre 1999, inéd., R.G. n° 26 549/97; C. trav. Liège, 11 juin 2001, inéd., R.G. n° 27 687/98.

94 D. Mougenot, *Les obligations : la preuve*, *op. cit.*, p. 79.

- lorsque les faits ne peuvent pas être prouvés par enquêtes[95] ;
- lorsque les faits sont invraisemblables[96] ;
- lorsque la preuve peut être apportée par un autre moyen à la disposition de la partie qui sollicite l'enquête[97] ; ou encore
- lorsque les faits allégués sont d'ores et déjà démentis par les éléments de la cause, notamment par des présomptions[98].

Si l'offre de preuve par témoins ne peut être rejetée au seul motif qu'elle est formulée longtemps après que les faits se sont produits, le juge peut la rejeter si cette preuve devait s'avérer difficile ou impossible à rapporter[99], notamment du fait de l'écoulement du temps[100]. Ainsi, le juge peut rejeter une demande d'enquête en raison de sa tardiveté, en se fondant sur la nature des faits à prouver, lorsque les témoins ne pourraient plus déposer avec toute la clarté et la précision nécessaires[101]. Dans le même ordre d'idée, M. Jourdan[102] souligne qu'il a déjà été décidé que la tardiveté d'un grief, invoqué pour la première fois dans des conclusions d'appel, peut lui enlever toute crédibilité, de telle sorte que la tenue d'enquêtes aux fins de l'établir est refusée[103]. L'ancienneté des faits est donc prise en considération[104]. Dès lors, celui qui veut faire tenir des enquêtes a intérêt à les demander au plus vite.

3. Les témoins

La question de la subordination dans le contrat de travail pose souvent question dans le cadre du témoignage. On sait qu'avant l'entrée en vigueur du Code judiciaire, certaines personnes ne pouvaient pas être entendues comme témoins, alors que d'autres pouvaient être écartées parce que, par exemple, elles étaient au service d'une des parties. Le Code judiciaire a supprimé ces incapacités de témoigner, sauf en ce qui concerne les descendants, qui ne peuvent être entendus dans les causes où leurs ascendants ont des intérêts opposés. Il est admis que le juge apprécie souverainement la force probante des dépositions qui sont produites devant lui. M. Jourdan relève à juste titre que « L'article 937,

95 M. Jourdan (« L'abus du droit de rupture », *op. cit.*) relève ainsi que des difficultés économiques de l'entreprise comme motif de licenciement ne peuvent être établies par enquêtes.

96 N. Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 400.

97 M. Jourdan, « L'abus du droit de rupture », *op. cit.*

98 D. Mougenot, *Les obligations : la preuve*, *op. cit.*, p. 208 ; Cass., 26 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 227.

99 N. Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 401.

100 Trib. trav. Audenarde, 12 septembre 1995, R.G. n° 10 820/II, www.cass.be (somm.).

101 D. Mougenot, *Les obligations : la preuve*, *op. cit.*, p. 209.

102 M. Jourdan, « L'abus du droit de rupture », *op. cit.*

103 C. trav. Liège, 21 juin 2001, inéd., R.G. n° 29 056/00.

104 C. trav. Liège, 23 septembre 1999, inéd., R.G. n° 26 549/97 ; Trib. trav. Bruxelles, 10 février 2000, inéd., R.G. n° 44 213/99 ; C. trav. Bruxelles, 7 mai 2002, inéd., R.G. n° 36 115.

4°, du Code judiciaire dispose d'ailleurs que dans le cadre de l'enquête, le juge interpelle soit d'office, soit à la demande d'une des parties, le témoin notamment sur des faits qui sont de nature à influencer sa déposition. Parmi ceux-ci figurent le contrat de travail liant le témoin à une des parties ainsi que sa position de supériorité ou d'infériorité hiérarchique vis-à-vis d'elle ». Il a déjà été jugé qu'un rapport rédigé par un témoin ne pouvait être rejeté pour la seule et unique raison que ce témoin était membre du personnel de l'employeur et supérieur hiérarchique du travailleur[105]. De même, la preuve du fait qu'un congé a été donné peut être apportée par des témoignages émanant de membres du personnel[106].

L'organe d'une personne morale ne peut pas être entendu en qualité de témoin. Seule la comparution personnelle serait envisageable.

Les relations affectives nouées entre une partie et le témoin n'empêchent pas d'entendre ce dernier sous serment, mais, comme le relèvent certaines juridictions, il conviendra alors d'apprécier en conséquence (*cum grano salis*, relève la cour du travail de Mons) la valeur du témoignage[107].

Contrairement à ce qui est parfois retenu, les témoignages ne doivent pas nécessairement se rapporter à des faits dont les témoins ont eu personnellement connaissance, de sorte que les témoignages indirects demeurent possibles. La Cour de cassation a ainsi rappelé, dans son arrêt du 25 février 1980[108], qu'aucun principe de droit n'écarte l'admissibilité d'un témoignage indirect. Le juge demeure, bien évidemment, souverain pour apprécier la valeur probante de ce témoignage.

L'adage *testis unus, testis nullus* n'a, par ailleurs, pas cours en droit positif belge[109].

4. La valeur probante

Comme le relève P. Van Ommeslaghe, « quels que soient les témoins entendus, leur qualité, leur nombre, leur crédibilité, la concordance de leurs

105 C. trav. Mons, 8 octobre 1997, *J.T.T.*, 1998, p. 18.

106 Trib. trav. Bruxelles, 30 mai 2002, *Orientations*, 2004, liv. 2, p. 17, note G. Helin.

107 C. trav. Mons, 18 mai 1994, inéd., R.G. n° 9986, www.cass.be.

108 Cass., 25 février 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 768 ; *R.W.*, 1980-1981, p. 384 ; *R.D.S.*, 1981, p. 352.

109 La cour du travail de Liège (27 novembre 1997, inéd., R.G. n° 4290/92, cité par M. Dumont et L. Peltzer, « Chronique de jurisprudence inédite : licenciement pour motif grave », *Chron. D.S.*, 2001, p. 232) se prononce dans ce sens, en décidant que si l'adage *testis unus, testis nullus* ne fait plus partie du droit positif, il n'est pas acceptable de pouvoir prouver le bien-fondé d'un licenciement sur l'heure pour motif grave sur la base d'une enquête menée par un détective privé, dès lors qu'elle n'est complétée que par l'audition, en qualité de témoin, de ce même détective privé.

témoignages, le juge est toujours libre d'apprécier la valeur de ces témoignages et de former sa conviction comme il l'entend»[110].

Le juge ne peut, toutefois, violer la foi due aux déclarations des témoins, c'est-à-dire adopter une interprétation de ces déclarations qui est inconciliable avec leurs termes[111]. Le juge doit, par ailleurs, motiver sa décision de ne pas croire un témoin ou d'écarter son témoignage[112].

B. Les présomptions

1. Définition et valeur probante

Il faut distinguer les présomptions légales des présomptions de l'homme. Les présomptions de l'homme peuvent être définies comme «tous les indices extérieurs, les signes, les gestes, les attitudes, les actions qui peuvent être révélateurs de l'état de chose inconnu ou qui permettent de le conjecturer»[113]. Les présomptions de l'homme n'ont aucune force probante particulière, de sorte qu'il appartient au juge d'en mesurer la portée et de faire les déductions que, selon lui, elle autorise[114]. Si le juge du fond apprécie souverainement la valeur probante, il doit respecter la notion même de présomption, en ce sens que la présomption doit partir d'un fait connu et, à partir de ce fait connu, conduire à la certitude du fait inconnu, et non pas seulement à la vraisemblance de celui-ci ou à la possibilité qu'il ait pu se produire[115]. Ainsi, un lien doit exister entre le fait connu et le fait inconnu, qui puisse permettre la déduction[116].

L'article 1353 du Code civil «se borne à donner un conseil de prudence au juge mais ne lui interdit pas de se fonder sur une présomption unique»[117].

Le recours aux présomptions ne dispense nullement d'une preuve certaine et, partant, le juge ne les accueille comme probantes que lorsqu'elles lui apportent la certitude du fait recherché[118].

110 P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 151.

111 Cass., 8 décembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 437; P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 151.

112 P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 151.

113 H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1967, n° 718, p. 721.

114 Cass., 4 avril 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 812; Cass., 18 octobre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 819; Cass., 12 septembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 33.

115 Cass., 22 décembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 501; *R.W.*, 1986-1987, p. 1972; *R.D.S.*, 1987, p. 55.

116 Cass., 10 avril 1973, *Pas.*, 1973, I, pp. 773-774.

117 P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 154; Cass., 29 septembre 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 255; Cass., 12 septembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 61.

118 C. trav. Liège, 24 avril 2002, R.G. n° 30 725/02, www.cass.be; C. trav. Mons, 15 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2006, liv. 5, p. 208; *J.T.T.*, 2005, liv. 925, p. 368 et note.

2. Champ d'application

Dans le respect de la hiérarchie des modes de preuve, l'usage des présomptions peut être multiple.

Toute preuve qui ne répond pas aux conditions particulières fixées par la loi peut éventuellement valoir au titre de présomption:

- il est admis qu'un rapport d'expertise qui ne serait pas valable à défaut de serment régulier de l'expert[119] ou parce qu'il a été établi sans que soit respecté le principe de l'expertise contradictoire[120] puisse valoir comme présomption;
- un rapport d'un détective privé pourrait être considéré comme une présomption[121];
- des attestations émanant d'un tiers n'ayant pas été recueillies dans le cadre de l'enquête ne constituent pas des témoignages, mais peuvent valoir comme présomptions de l'homme[122]. Le juge ne peut se contenter de les rejeter en estimant qu'il ne s'agit pas d'une preuve par témoins[123]. Il peut, par contre, les écarter en raison du fait que ces attestations ne lui paraissent pas de nature à établir le fait allégué, ces présomptions n'ayant pas de force particulière[124];
- les copies de documents, lorsqu'il n'y a pas lieu de douter de leur conformité à l'original, peuvent servir de présomptions;
- les films, comme les photos, constituent des présomptions de l'homme et leur production peut donc être utilisée pour établir des faits[125].

Le champ d'application des présomptions est important: elles sont admises dans toutes les hypothèses où la preuve testimoniale est permise sur la base de l'article 1353 du Code civil. En application de l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978, la preuve par témoins est donc acceptée de manière généralisée en droit du travail.

119 Trib. trav. Liège, 2 mai 1975, *J.T.T.*, 1975, p. 204.

120 Cass., 26 février 1951, *Pas.*, 1951, I, p. 424; Cass., 27 novembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 309; Cass., 5 février 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 518.

121 C. trav. Liège, 7 janvier 1982, *J.T.T.*, 1982, p. 177.

122 P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 159.

123 Cass., 29 juin 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 967.

124 P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 1957.

125 D. Mougenot, *Les obligations: la preuve*, *op. cit.*, p. 246; N. Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 113; Civ. Namur (réf.), 31 octobre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 438. Voy. également les décisions citées *infra* concernant la licéité de la preuve par caméra.

3. Illustration : les attestations émanant de tiers

Rien n'interdit à une partie de produire des attestations de tiers, mais il ne s'agira jamais d'un commencement de preuve par écrit. Il s'agit tout au plus d'une présomption de fait, dont le juge apprécie souverainement la valeur[126].

La force probante d'une attestation est laissée à l'appréciation du juge : elle ne peut être écartée par la seule considération que son auteur est le supérieur hiérarchique du travailleur[127]. Il a été jugé, à juste titre, que des attestations de travailleurs se trouvant encore dans un lien de subordination ne peuvent être écartées d'office, sous peine, dans tout litige professionnel, d'être privé du témoignage de ceux qui sont le plus souvent les seuls témoins directs de ce qui se passe au sein de l'entreprise. La valeur probante de ces attestations doit être appréciée en fonction des circonstances, qui sont susceptibles d'en influencer la teneur[128].

Par ailleurs, les circonstances entourant ces attestations peuvent en diminuer le crédit : la tardiveté de l'attestation[129], l'imprécision, la rédaction[130]. Le fait qu'elles soient sollicitées, que ce soit par l'employeur ou par le travailleur, n'exerce aucune influence sur leur valeur probante. On voit mal, en effet, comment, en pratique, il pourrait en être autrement, le travailleur n'allant pas de lui-même, dans la plupart des cas, dresser une attestation.

Un sort particulier doit être réservé aux déclarations faites sous serment. Dès lors qu'il n'est pas argué qu'il s'agit de faux témoignages, elles sont censées refléter la réalité[131].

126 Trib. trav. Audenarde, 3 avril 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 347.

127 C. trav. Mons, 8 octobre 1997, *J.T.T.*, 1998, p. 18.

128 Trib. trav. Bruxelles, 28 novembre 2002, inéd., R.G. n° 71 087/98, cité *in* M. JOURDAN, « L'abus du droit de rupture », *op. cit.*

129 Trib. trav. Bruxelles, 28 septembre 2000, inéd., R.G. n° 8346/96, cité *in* M. JOURDAN, « L'abus du droit de rupture », *op. cit.*

130 M. Jourdan relève des décisions intéressantes à cet égard :
- les attestations, quoique de dates différentes, sont rédigées dans exactement les mêmes termes, les mêmes fautes d'orthographe et de français y apparaissent et elles semblent dès lors avoir été rédigées pour les besoins de la cause (C. trav. Liège (sect. Neufchâteau), 3 mars 2004, inéd., R.G. n° 3160/98) ;
- peuvent être retenus comme indiquant que la déclaration est rédigée spontanément par son auteur un mauvais style et des fautes de syntaxe et de conjugaison (!) (Trib. trav. Charleroi, 19 novembre 2001, inéd., R.G. n° 152 704/A).

131 C. trav. Bruxelles, 18 décembre 2003, *Orientations*, 2004, p. 26.

C. L'aveu[132]

L'aveu consiste en la reconnaissance par une partie du bien-fondé des prétentions de son adversaire. L'aveu peut être exprès ou tacite, judiciaire ou extrajudiciaire.

Le fait et non le droit – L'aveu ne peut porter que sur des éléments de fait et non sur des points de droit[133]. L'aveu ne pouvant pas porter sur la qualification légale d'un fait, si un travailleur reconnaît dans un écrit la gravité d'une faute invoquée, le juge ne sera pas lié par ce document pour estimer qu'il s'agit d'un motif grave[134]. Le travailleur peut, par contre, s'exprimer sur la matérialité d'un fait[135]. Dans cette hypothèse, sauf à invoquer un vice de consentement, le travailleur est lié par son propre écrit et ne peut pas invoquer des témoins pour réfuter le contenu de celui-ci[136]. La reconnaissance écrite par le travailleur de la matérialité d'un fait est un aveu extrajudiciaire[137].

Aveu tacite – Les circonstances concrètes peuvent permettre de déduire un aveu tacite du comportement d'une partie[138]. Ainsi, le fait pour le travailleur de rembourser son employeur à la suite d'une interpellation émanant de ce dernier, qui lui reproche un détournement de 8500 francs belges, constituerait la reconnaissance du fait allégué comme faute grave par l'employeur[139].

Aveu extrajudiciaire – Un aveu extrajudiciaire des faits signé par le travailleur peut être retenu comme un moyen de preuve, sauf s'il est extorqué par la contrainte[140]. La valeur probante de l'aveu extrajudiciaire est néanmoins toujours soumise à l'appréciation du juge, qui peut décider que l'aveu est insuffisant et demander la preuve par témoins[141]. Ainsi la reconnaissance écrite par le travailleur de la matérialité des faits ayant entraîné son licenciement pour motif grave ne vaut-elle que comme un aveu extrajudiciaire, dont la valeur probante est laissée à l'appréciation du juge[142].

132 Voy. notamment P. VAN OMMESLAGHE, « Évolution récente de la jurisprudence et de la doctrine en matière d'aveu », *in La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 par la Faculté de droit de l'U.C.L., pp. 1 et s.

133 Cass., 25 mars 1935, *Pas.*, 1935, I, p. 198.

134 C. trav. Liège, 21 octobre 1980, *J.L.*, 1981, p. 69 ; C. trav. Bruxelles, 26 juin 1973, *R.D.S.*, 1974, p. 228.

135 C. trav. Bruxelles, 26 janvier 1990, *Jur. trav. Brux.*, 1990, p. 143.

136 Trib. trav. Anvers, 15 janvier 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 55.

137 C. trav. Liège, 19 février 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 51.

138 Cass., 1er mars 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 612 ; Cass., 13 décembre 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 265.

139 C. trav. Bruxelles, 20 mars 2000, inéd., R.G. n° 031 397, cité par M. DUMONT et L. PELTZER, « Chronique de jurisprudence inédite : licenciement pour motif grave », *op. cit.*

140 Trib. trav. Courtrai, 2 octobre 1979, *R.D.S.*, 1983, p. 454 ; Trib. trav. Bruxelles, 15 octobre 1986, *J.T.T.*, 1987, p. 130 ; Trib. trav. Tournai, 20 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 815.

141 C. trav. Liège, 19 février 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 51 ; C. trav. Liège, 16 novembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 209 ; Trib. trav. Anvers, 15 janvier 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 55.

142 C. trav. Liège, 19 février 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 51.

Vices de consentement et nullité de l'aveu – À notre sens, rien n'interdit de considérer qu'un aveu soit frappé d'un vice de consentement et soit donc nul à ce titre. Les circonstances de l'aveu doivent être analysées. Ainsi, il a été jugé que « la déposition d'un travailleur suspecté de vol dans un grand magasin qui fait suite à un long entretien avec les inspecteurs attachés à ce grand magasin, entretien auquel un délégué syndical n'a pas pu assister, ne fait pas preuve du fait reproché ; le fait que cet aveu soit confirmé sommairement devant les gendarmes qui n'ont pas eu l'occasion de s'informer de la teneur de l'entretien ne suffit pas à lui donner force probante »[143]. Il demeure que les conditions des vices de consentement sont restrictives. Il a été considéré, par exemple, que la crainte à l'égard de l'employeur ne pourrait vicier des aveux, alors même que celui-ci aurait menacé l'intéressé de porter plainte[144]. On retrouve ici les discussions traditionnelles sur l'application de la théorie des vices de consentement aux actes juridiques du travailleur.

D. Recours à un détective privé

Constats – On constate, de nos jours, un recours accru aux services des agences de détectives privés, et ce, dans des domaines aussi variés que le droit de la famille[145], le droit des assurances[146], les accidents du travail[147], etc.

Le droit du travail ne fait, bien entendu, pas exception.

L'employeur pourrait ainsi souhaiter contrôler la réalité de l'incapacité d'un travailleur et, dans ce cadre, avoir recours aux services d'un détective privé pour qu'il rapporte des preuves, des photos, des vidéos, etc., qui lui permettraient, le cas échéant, de contester la réalité de l'incapacité de travail alléguée par ce travailleur.

De même, l'employeur qui soupçonne un travailleur de commettre des faits constitutifs d'un motif grave pourrait engager un détective privé pour le démontrer. Il ressort, à cet égard, de la jurisprudence que les hypothèses du recours à un détective privé par l'employeur sont potentiellement nombreuses. Il s'agirait de détecter ou de démontrer, par exemple, une utilisation abusive

143 C. trav. Liège, 16 novembre 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 289.

144 C. trav. Bruxelles, 9 septembre 1992, *Bull. F.E.B.*, 1993, p. 71.

145 Voy. notamment Anvers (3e ch.), 26 juin 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 297 ; Bruxelles, 24 février 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1513 ; Bruxelles, 4 février 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 883 ; Bruxelles (16e ch.), 14 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2002, pp. 640-645 ; Bruxelles, 18 décembre 2001, R.G. n° 2001/701 ; Cass. (1re ch.), 5 novembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 757.

146 Corr. Verviers (10e ch.), 16 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 83 ; Corr. Audenarde (3e ch.), 17 septembre 2004, *Bull. ass.*, p. 314 ; Liège (3e ch.), 21 novembre 2005, *Bull. ass.*, 2006, n° 356, p. 370 ; Cour eur. D.H., 28 juin 2001 (*Verlière c. Suisse*), n° 41 953/98.

147 C. trav. Bruxelles (6e ch.), 18 mars 2002, *Bull. ass.*, 2002, p. 645 ; C. trav. Liège, 15 décembre 2008, *R.R.D.*, 2008, pp. 236-242 ; Trib. trav. Charleroi (1re ch.), 16 juin 2010, *Bull. ass.*, 2010, n° 372, pp. 292-296.

du véhicule de société, du téléphone portable ou de la carte de carburant[148], l'inexactitude ou la fausseté des rapports d'activités[149], des vols[150], l'exercice par le travailleur d'une activité professionnelle pendant une période d'incapacité de travail[151], l'exercice par le travailleur d'une activité parallèle ou concurrente pendant ses heures de travail[152], la violation des secrets d'affaires[153], etc.

1. Vie privée du travailleur

Bases juridiques de l'ingérence dans la vie privée du travailleur – Le recours à un détective privé pose des questions en ce qui concerne la protection de la vie privée du travailleur. L'atteinte à la vie privée s'analyse à la lumière des articles 8 de la C.E.D.H.[154] et 22 de la Constitution[155]. Elle devrait également l'être au regard de la loi du 8 décembre 1992[156] relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel[157].

Pendant longtemps, la jurisprudence ne s'est toutefois pas systématiquement interrogée sur cette question du droit au respect de la vie privée[158], pla-

148 C. trav. Mons (3e ch.), 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 177.

149 C. trav. Liège (4e ch.), 23 avril 1981, *J.T.T.*, 1982, pp. 354-355 ; C. trav. Mons (3e ch.), 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 177 ; C. trav. Liège (2e ch.), 21 avril 2009, *J.T.T.*, 2009, pp. 282-283.

150 C. trav. Mons (3e ch.), 16 mars 1995, *J.T.T.*, 1996, p. 147 ; C. trav. Mons, 16 février 2001, R.G. n° 16 287, www.cass.be ; C. trav. Mons (1re ch.), 19 septembre 2003, *J.T.T.*, 2004, pp. 197-200.

151 Voy. C. trav. Liège, 17 décembre 2009, R.G. n° 36 219, www.cass.be.

152 Voy. Cass. fr. (3e ch.), 2 octobre 2001, *Chron. D.S.*, 2002, pp. 242-245.

153 C. trav. Liège (1re ch.), 17 mai 1985, *J.T.T.*, 1985, p. 472.

154 La Cour européenne des droits de l'homme – la Cour de cassation de Belgique et celle de France lui reconnaissent un effet direct horizontal – estime que l'article 8 de la C.E.D.H. s'applique également dans les relations professionnelles. Voy., à cet égard, Cour eur. D.H., 16 décembre 1992 (*Niemmitz c. Allemagne*), *J.T.*, 1994, p. 65. Dans cet arrêt, la Cour a considéré que « le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables. Il paraît en outre, n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la vie privée comme excluant les activités professionnelles : après tout c'est dans leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur ». L'application de l'article 8 de la C.E.D.H. aux relations de travail a été confirmée, par la suite, par différents arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. En ce sens, voy. notamment Cour eur. D.H., 25 juin 1997 (*Halford c. Royaume-Uni*), *Rec.*, III, 1997, p. 1016 ; Cour eur. D.H., 16 février 2000 (*Amann c. Suisse*), *Rec.*, II, 2000, p. 224 ; Cass., 27 février 2001, *Pas.*, I, 2001, p. 368.

155 Voy., par exemple, Bruxelles (16e ch.), 14 mars 2001, *J.T.*, 2002, p. 387 ; C. trav. Liège (2e ch.), 21 avril 2009, *J.T.T.*, 2009, p. 282 ; C. trav. Mons (3e ch.), 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 177. Dans l'arrêt de la cour du travail de Liège, celle-ci va se contenter de citer l'article 8 de la C.E.D.H. et l'article 22 de la Constitution sans toutefois procéder à un examen de fond, contrairement à l'arrêt de la cour du travail de Mons. La cour focalisera son attention sur le respect des dispositions de la loi du 19 juillet 1991 (à l'instar de la jurisprudence citée par la suite).

156 Mons (14e ch.), 2 mars 2010, *R.D.T.I.*, 2010, p. 85.

157 Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (*M.B.*, 18 mars 1993, p. 5801). Cette loi sera dénommée, ci-après, « la loi du 8 décembre 1992 ».

158 Voy., par exemple, C. trav. Mons, 16 février 2001, R.G. n° 16 287, www.cass.be.

çant le débat sur la force probante de rapports rédigés par un tiers mais payés par une partie. L'importance croissante du droit au respect de la vie privée a amené les discussions à se porter sur ce sujet[159] alors que l'on témoignait d'une méfiance moins grande quant au travail du détective privé[160], qui avait vu sa profession réglementée en 1991[161]. Dans la jurisprudence récente, les juridictions se prononcent donc sur l'ingérence dans la vie privée du travailleur eu égard aux principes de légalité, de finalité et de proportionnalité, tels qu'ils sont visés à l'article 8, § 2, de la C.E.D.H.[162].

Nous examinons successivement ces trois principes, auxquels il conviendra d'ajouter l'exigence de transparence.

a. Le principe de légalité

Nécessité d'une base légale – Tout d'abord, l'ingérence doit impérativement être prévue par une loi. Cette loi doit être suffisamment précise, claire, accessible et prévisible[163]. Au sens de l'article 8 de la C.E.D.H., la loi s'entend comme « toute norme de droit interne écrite ou non, pour autant que celle-ci soit accessible et prévisible »[164]. Sur ce point, l'article 8 de la C.E.D.H. se distingue de l'article 22 de la Constitution, qui exige une loi au sens formel du terme[165].

En effet, dans un arrêt du 19 juillet 2005[166], la Cour constitutionnelle (anciennement, Cour d'arbitrage) a précisé que « Bien que, en utilisant le terme

159 Dans ce sens, voy. C. trav. Mons (3e ch.), 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, pp. 177-178. Dans le même sens, C. trav. Liège, 15 décembre 2008, *R.R.D.*, 2008, p. 236 ; C. trav. Liège (2e ch.), 21 avril 2009, *J.T.T.*, 2009, pp. 282-283 ; Mons (14e ch.), 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 296.

160 Certains l'expliquant, notamment, par le fait que la profession a été réglementée par la loi du 19 juillet 1991. Voy. J.-P. Cordier et S. Bechet, « La preuve du motif grave et les règles relatives à la protection de la vie privée : conflit de droits ? », *in* S. Gilson (dir.), *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail. Hommage à Pierre Blondiau*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2008, p. 105.

161 Loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé (*M.B.*, 2 octobre 1991, p. 21 604). Cette loi sera dénommée, ci-après, « la loi du 19 juillet 1991 ».

162 L'article 22 de la Constitution exige que l'ingérence soit fixée dans une loi au sens formel du terme. Cet article est silencieux sur l'exigence de condition de proportionnalité et de finalité. Eu égard au principe de primauté du droit international sur le droit national, l'ordre juridique national belge doit respecter les conditions prévues par l'article 8, § 2, de la C.E.D.H. Voy. J.-Fr. Neven, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », *in Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2005, pp. 29 et 31 ; B. Docquir, *Droit à la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 103 ; C.A., 19 juillet 2005, n° 131/2005, considérant B.5.1.

163 Cour eur. D.H., 26 avril 1979 (*Sunday Times*), série A, n° 30, § 49.

164 J.-Fr. Neven, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », *op. cit.*, p. 29 ; Cour eur. D.H., 26 avril 1979 (*Sunday Times*), série A, n° 30, § 49.

165 J.-Fr. Neven, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », *op. cit.*, pp. 28-30 ; K. Rosier et S. Gilson, « Licéité de la preuve et droit au respect de la vie privée : principes et sanctions », *R.D.T.I.*, 2008, p. 247.

166 Voy. J.-Fr. Neven, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », *op. cit.*, pp. 29 et 34. Cet auteur cite C.A., 19 juillet 2005, n° 131/2005.

« loi », l'article 8.2 de la Convention européenne précitée n'exige pas que l'ingérence qu'il permet soit prévue par une « loi », au sens formel du terme, le même mot « loi » utilisé à l'article 22 de la Constitution désigne une disposition législative. Cette exigence constitutionnelle s'impose au législateur belge, en vertu de l'article 53 de la Convention européenne, selon lequel les dispositions de la Convention ne peuvent être interprétées comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales reconnues notamment par le droit interne » (point B.5.2). Dans un arrêt du 18 mars 2010, la Cour constitutionnelle a encore rappelé ce principe, en énonçant qu'« En réservant au législateur compétent le pouvoir de fixer dans quels cas et à quelles conditions il peut être porté atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale, l'article 22 de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucune immixtion dans ce droit ne pourra avoir lieu qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue. Une délégation à un autre pouvoir n'est pas contraire au principe de légalité, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur »[167].

Nécessité d'une base légale suffisante – Il convient dès lors d'identifier la base légale, au sens de l'article 22 de la Constitution, qui permettrait à l'employeur de porter atteinte à la vie privée d'un de ses travailleurs, par le recours à un détective privé.

À cet égard, on peut se demander si les dispositions de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, qui fondent, dans le chef de l'employeur, un pouvoir de direction et de contrôle en vue de s'assurer que le contrat de travail s'exécute selon ses ordres et ses directives, pourraient constituer une base suffisante pour justifier le recours à un détective privé. Pour certains auteurs, tel est le cas[168]. La doctrine majoritaire estime toutefois que ces dispositions ne sont pas suffisamment précises et leur préférerait une base légale qui autoriserait l'ingérence spécifique dans la vie privée du travailleur[169].

Dans le contexte qui nous occupe, intervient toutefois la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé. Cette loi pourrait être

167 C.C., 18 mars 2010, n° 29/2010, considérant B.16.1.

168 Fr. Lagasse, « Vie privée et droit du travail », *Chron. D.S.*, 1997, p. 427 ; Fr. Hendrickx, *Privacy en arbeidsrecht*, Bruges, Die Keure, 1999, p. 61.

169 J.-Fr. Neven, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », *op. cit.*, p. 148 ; P. Leduc, « Le contrôle des communications données ou reçues par le travailleur », *Rev. Ubiquité*, 2005/5, p. 47. Notons que J.-P. Cordier et S. Bechet souhaitent la mise en place « d'une base juridique justifiant la limitation apportée à la protection et au respect de la vie privée, de sorte que cette limitation soit suffisamment prévisible pour le travailleur qui en subira les conséquences » (J.-P. Cordier et S. Bechet, « La preuve du motif grave et les règles relatives à la protection de la vie privée : conflit de droits ? », *op. cit.*, p. 110).

considérée comme la base légale permettant l'ingérence[170]. En effet, non seulement elle réglemente l'accès à la profession, mais elle encadre également les conditions et modalités d'intervention du détective privé, en prévoyant des limites à ses activités et au recours par celui-ci à certains modes de contrôle[171].

Licéité des activités du détective privé – Il ressort, par ailleurs, des travaux préparatoires de la loi 19 juillet 1991 que les activités du détective privé, énumérées à l'article 1, § 1, 1° à 5°, de la loi ne sont pas, par le simple fait de leur énumération, reconnues comme licites. La loi ne garantit en effet pas le caractère licite ou non de certains actes posés par le détective privé[172]. Par conséquent, d'autres principes devraient s'appliquer, en vue de garantir le caractère licite des activités du détective privé et, par cela même, la protection du droit au respect de la vie privée. On songe principalement à l'application des principes relatifs à la protection de la vie privée qui résultent de l'application de l'article 8 de la C.E.D.H. En cela, la loi du 19 juillet 1991 ne suffit pas, en elle-même, pour garantir la licéité du recours à un détective privé et des actes que ce dernier pose.

Ceci étant dit, on constate que la jurisprudence rendue en la matière n'exclut pas le principe du recours à un détective privé par l'employeur[173]. Dans son appréciation de la licéité de ce type de moyen de preuve, la jurisprudence a égard tant au respect des dispositions de la loi du 19 juillet 1991 qu'au respect des principes de l'article 8 de la C.E.D.H. pour accepter les preuves récoltées par le détective privé[174].

b. Principe de finalité

Ingérence nécessaire à la poursuite d'un but – Ensuite, l'ingérence doit répondre au principe de finalité, c'est-à-dire être nécessaire, dans une société démocratique, à la poursuite d'un but[175]. Les buts sont limitativement

170 Voy. Cour eur. D.H. (décision), 14 janvier 1998 (*Ligue des droits de l'homme c. Belgique*). Dans cette décision, les requérants précisent qu'il existe des ingérences dans la vie privée qui « sont réglées par des dispositions légales accessibles et énoncées avec une précision suffisante pour protéger les personnes qui en feraient l'objet ». Ils citent, à titre d'exemple, la loi du 19 juillet 1991.

171 B. Docquir, *Droit à la vie privée*, *op. cit.*, p. 317.

172 Projet de loi organisant la profession de détective privé, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1990-1991, n°s 47-1678/3, p. 12.

173 Sur cette notion, voy. Fr. Hendrickx, *Privacy en arbeidsrecht*, *op. cit.*, p. 61.

174 Voy., dans ce sens, notamment C. trav. Mons (5e ch.), 16 février 2001, R.G. n° 16 287; C. trav. Bruxelles (6e ch.), 18 mars 2002, *Bull. ass.*, 2002, p. 645; Corr. Verviers, 16 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, liv. 2, p. 8; C. trav. Anvers (2e ch.), 17 novembre 2003, *Chron. D.S.*, 2004, p. 91; Anvers, 27 juin 2005, *R.W.*, 2005-2006, pp. 1509-1511, note D. Mertens; Civ. Anvers, 7 mars 2007, *R.W.*, 2007-2008, n° 8, p. 332; C. trav. Mons, 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, pp. 177-178; C. trav. Liège, 15 décembre 2008, *R.R.D.*, 2008, pp. 242-260; C. trav. Liège (2e ch.), 21 avril 2009, *J.T.T.*, 2009, p. 282; C. trav. Liège, 17 décembre 2009, R.G. n° 36 219.

175 Voy. l'article 8, § 2, de la C.E.D.H., qui stipule qu'« il ne peut y avoir d'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

énumérés à l'article 8, § 2, de la C.E.D.H., parmi lesquels figure la protection des droits et des libertés d'autrui[176]. Ainsi, dans son arrêt *Olsson c. Suède*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que « La notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et notamment proportionnée au but légitime recherché »[177]. À cet égard, la Cour dispose d'un certain pouvoir d'appréciation. En l'espèce, le besoin impérieux résulterait du droit de l'employeur de vérifier que le contrat de travail est exécuté correctement, ce qui relève de son pouvoir de direction et de surveillance. Cela pourrait justifier un pouvoir de contrôle limité de l'employeur[178]. Il conviendra toutefois d'examiner cette condition *au regard des faits*. Cette appréciation devra porter sur les intérêts légitimes qui justifieraient ce recours à un détective privé et rendraient nécessaire un tel contrôle. On peut imaginer, par exemple, des soupçons de vol, de fraude, de concurrence déloyale. Nous reviendrons sur cette question, qui touche aussi au principe de proportionnalité.

c. Principe de proportionnalité

En outre, l'ingérence doit rencontrer le principe de proportionnalité. Visé à l'article 8, § 2, de la C.E.D.H., il signifie que « le but recherché doit être suffisant par rapport à la limitation du droit à la vie privée, et les moyens mis en œuvre ne doivent pas excéder ce qui est nécessaire pour y parvenir; de plus, les motifs mis en avant doivent réellement être pertinents et suffisants »[179]. À l'instar de certains auteurs, nous relevons que ce principe constitue un critère déterminant dans les décisions des cours et tribunaux en matière d'ingérence de l'employeur dans la vie privée du travailleur[180].

Contrôle de proportionnalité et balance des intérêts – Lors de l'examen du critère de proportionnalité, le juge sera amené à mettre en balance les intérêts en présence, c'est-à-dire, d'une part, le droit au respect de la vie privée du travailleur et, d'autre part, les intérêts de l'employeur, tels que les

176 J.-Fr. Neven, « Les principes généraux: les dispositions internationales et constitutionnelles », *op. cit.*, p. 31; K. Rosier et S. Gilson, « Licéité de la preuve et droit au respect de la vie privée: principes et sanctions », *op. cit.*, p. 248.

177 Cour eur. D.H., 24 mars 1988 (*Olsson c. Suède*), § 67. Dans le même sens, Cour eur. D.H., 17 décembre 2004 (*Cumpana et Mazare c. Roumanie*), § 88.

178 K. Rosier et S. Gilson, « Licéité de la preuve et droit au respect de la vie privée: principes et sanctions », *op. cit.*, p. 248.

179 B. Docquir, *Droit à la vie privée*, *op. cit.*, p. 109.

180 R. De Baerdemaeker et M. Kokot, « Protection de la vie privée et contrat de travail », *J.T.T.*, 2006, p. 13; J.-Fr. Neven, « Les principes généraux: les dispositions internationales et constitutionnelles », *op. cit.*, p. 32.

intérêts patrimoniaux ou économiques de l'entreprise[181]. Le juge dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation et il essayera, dans chaque cas d'espèce, d'établir une hiérarchie des valeurs[182]. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme, dans sa décision *Verlière c. Suisse*, du 28 juin 2001, a considéré que « les juges nationaux ont fait une analyse approfondie des intérêts concurrents existants entre l'assuré et la compagnie d'assurances. Ils ont notamment relevé que la compagnie d'assurances a l'obligation de vérifier si la demande en réparation de l'individu lésé est justifiée, sachant qu'elle agit dans l'intérêt de l'ensemble de la collectivité de ses assurés. Ils en ont déduit que l'assureur a le droit de faire des enquêtes privées et que l'individu lésé, de son côté, doit collaborer à l'établissement des faits et tolérer que des investigations soient effectuées par la compagnie d'assurances, même à son insu, lorsque cette méthode est imposée par l'objectif poursuivi »[183].

C'est donc à juste titre que J.-Fr. Neven relève qu'« à l'occasion de ce contrôle de proportionnalité, des intérêts patrimoniaux ou économiques peuvent être mis en balance avec le droit au respect de la vie privée : la primauté des droits fondamentaux n'est pas absolue »[184]. Cet auteur, s'appuyant sur les réflexions de Fr. Hendrickx[185], estime toutefois que la mise en balance entre le droit au respect de la vie privée du travailleur et les intérêts de l'employeur permet d'éviter que le droit au respect de la vie privée soit « subordonné » au pouvoir d'autorité de l'employeur. Il en conclut que « le droit de contrôle de l'employeur, dès lors qu'il est susceptible de toucher à la vie privée des travailleurs, doit être justifié par des intérêts économiques de l'entreprise (ou par un autre intérêt légitime) et doit être exercé de la manière la moins dommageable possible »[186].

La cour du travail de Mons opère, dans un arrêt du 22 mai 2007, le même raisonnement, en faisant une balance des intérêts en présence, toutefois pour rejeter le rapport du détective privé. Dans ce litige, l'employeur faisait notamment grief au travailleur d'avoir utilisé abusivement le véhicule de société et d'avoir permis à sa compagne et à son fils d'utiliser ce véhicule de fonction, en violation de la convention d'utilisation conclue avec son employeur. Pour mettre ces faits en évidence, il avait fait suivre le travailleur ainsi que sa compagne et ses enfants, apparemment jour et nuit, sept jours sur sept, et, en tout cas, en dehors des périodes supposées de prestation de travail. La cour a estimé qu'une filature effectuée dans de telles conditions constitue manifestement une ingérence dans la vie privée du travailleur et n'est pas susceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur[187]. Dans le même sens, la Cour de cassation de France a rejeté sur la base du critère de proportionnalité le moyen de preuve apporté par un employeur à la suite d'une filature. Elle a estimé disproportionnée la filature du travailleur organisée par l'employeur, par rapport à l'objectif, même légitime, que pouvait poursuivre ce dernier[188]. En l'occurrence, la travailleuse était déléguée pharmaceutique et avait été licenciée pour faute grave en raison de fausses déclarations d'activité et de réunions d'information médicale ainsi que de fausses déclarations de frais, révélées à la suite d'un contrôle effectué par un supérieur hiérarchique, qui s'était posté à proximité de son domicile.

181 J.-Fr. Neven, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », *op. cit.*, pp. 31-32 ; B. Docquir, *Droit à la vie privée*, *op. cit.*, pp. 108-109.

182 R. De Baerdemaeker et M. Kokot, « Protection de la vie privée et contrat de travail », *op. cit.*, p. 13.

183 Cour eur. D.H., 28 juin 2001 (*Verliére c. Suisse*), *Rec.*, 2001, VII, p. 411.

184 J.-Fr. Neven, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », *op. cit.*, pp. 31-32.

185 Fr. Hendrickx, *Privacy en arbeidsrecht*, *op. cit.*, p. 43.

186 J.-Fr. Neven, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », *op. cit.*, pp. 32-33.

d. Principe de transparence

Une obligation d'informations à nuancer – Enfin, on peut se demander si l'existence d'une base légale sur laquelle pourrait s'appuyer l'employeur suffit ou si le travailleur devrait recevoir une information spécifique à cet égard.

La réponse n'est pas évidente. Dans un arrêt du 2 mars 2010, la cour d'appel de Mons a analysé la licéité de la preuve consistant en un rapport du détective, notamment sous l'angle de la loi du 8 décembre 1992[189]. La cour parvient à la conclusion que le rapport du détective privé peut impliquer un traitement de données à caractère personnel soumis à la loi du 8 décembre 1992[190]. Il en découle une série d'obligations pour le responsable du traitement ou son représentant, à savoir celui qui fixe les finalités et les moyens du traitement

187 C. trav. Mons (3e ch.), 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 177 ; *R.D.T.I.*, 2008, p. 239, note K. Rosier et S. Gilson.

188 Cass. fr., 26 novembre 2002, *Rev. dr. soc.*, 2003, p. 225. La Cour de cassation française a jugé « qu'une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur ».

189 Mons (14e ch.), 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 296, note D. Mougenot ; *R.D.T.I.*, 2010, n° 41, p. 80, note Fr. Dumortier.

190 En l'espèce, il s'agit bien d'un traitement de données à caractère personnel, étant donné que ce rapport contient « des informations se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable lorsque ces données ont subi un traitement automatisé ». Voy. Fr. Dumortier, « La loi du 8 décembre 1992, un obstacle au métier de détective privé ? », obs. sous Mons (14e ch.), 2 mars 2010, *R.D.T.I.*, 2010, n° 41, p. 85 ; D. Mougenot, « Détective privé et vie privée : un couple difficile à accorder », obs. sous Mons (14e ch.), 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 298. Les traitements de données intervenaient dans le cadre d'un contexte professionnel et la possibilité que de tels traitements ne soient pas soumis à la loi lorsque le client confie une mission dans un cadre purement privé n'a pas été examinée (*cf.* loi du 8 décembre 1992, art. 3, § 2).

de données à caractère personnel[191]. Or, en l'espèce, le détective privé a eu recours à la provocation, qui est « un mécanisme par lequel la partie qui veut se ménager une preuve crée volontairement une situation dans laquelle les faits constatés peuvent se produire »[192]. La cour a estimé ceci contraire à l'exigence de loyauté visée à l'article 4, § 1er, 1°, de la loi du 8 décembre 1992. Le principe de transparence, concrétisé par l'obligation d'information, n'ayant pas été respecté, le rapport du détective privé a été écarté[193].

La cour n'identifie pas qui est le responsable du traitement et, par conséquent, à qui incombent ces obligations. Il s'agit d'une appréciation de fait. Comme le relève Fr. Dumortier, l'article 8, § 1er, de la loi du 19 juillet 1991 fait *a priori* penser que le client faisant appel au détective privé doit être considéré comme étant responsable du traitement, dans la mesure où cette disposition exige de conclure une convention écrite préalable contenant notamment « une description précise de la mission confiée au détective privé »[194]. On pourrait donc en conclure que c'est le client qui définit quels seront l'objet et les modalités de la mission. Il n'est toutefois pas exclu que le détective privé chargé de la mission endosse la qualité de coresponsable du traitement, s'il a un pouvoir de décision quant aux moyens à mettre en œuvre dans le cadre de sa mission[195].

On notera encore que loin de créer une exception à l'obligation d'information dans le cadre du recours à un détective privé, la loi du 19 juillet 1991, dans son article 3, § 1er, 1°, conditionne expressément l'exercice de la profession de détective privé à l'absence de condamnation pénale, *notamment sur la base de la loi du 8 décembre 1992*. Il est précisé que cette condition doit être respectée pendant la période durant laquelle il exerce sa profession de détective privé. À cela s'ajoute que l'article 3, § 4, de la loi du 19 juillet 1991 permet au ministre de l'Intérieur de ne pas autoriser un détective privé ou un candidat détective privé à exercer ses activités, même en l'absence de condamnation pénale, dès lors qu'il manque gravement à la déontologie professionnelle. À cet égard, on peut légitimement se demander si l'absence d'information de la personne visée par l'enquête du détective privé pourrait constituer un manquement grave dans le chef du détective privé, puisque, comme on l'a vu, il s'agirait d'une violation de la loi du 19 juillet 1991.

191 Voy. Loi du 8 décembre 1992, art. 1, § 4; pour plus de détails, voy. Fr. DUMORTIER, « La loi du 8 décembre 1992, un obstacle au métier de détective privé ? », *op. cit.*, pp. 85-89.

192 Mons (14e ch.), 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 296, note D. MOUGENOT; *R.D.T.I.*, 2010, n° 41, p. 80, note Fr. DUMORTIER.

193 Dans le cas d'espèce, l'obligation d'information qui réside dans le chef du détective privé à l'égard de la personne concernée aurait dû avoir lieu avant la récolte de l'information.

194 Fr. DUMORTIER, « La loi du 8 décembre 1992, un obstacle au métier de détective privé ? », *op. cit.*, p. 87.

195 *Ibid.*

Le ou les responsables du traitement doivent respecter différentes obligations dans le traitement des données, comme celles de loyauté, de licéité[196] et d'information.

L'obligation d'information est visée à l'article 9 de la loi du 8 décembre 1992. Celle-ci porte notamment sur le nom, l'adresse du responsable du traitement (et, le cas échéant, de son représentant), les finalités du traitement, l'existence d'un droit de s'opposer, etc.[197]. Elle incombe au responsable du traitement à l'égard de la personne concernée et doit avoir lieu *avant la collecte de l'information, lorsque celle-ci est obtenue auprès de la personne concernée*[198]. Si ce n'est pas le cas, l'information doit être transmise à la personne concernée au plus tard dès l'enregistrement des données ou lors de leur première communication à un tiers[199]. Ce n'est que si le détective privé obtient des informations directement de la personne concernée (comme ce fut le cas dans le litige tranché par la cour d'appel de Mons) que cela ne peut se faire sans une information préalable. L'application de cette loi viendrait donc limiter les moyens de surveillance mis en œuvre par le détective privé, en ne lui permettant d'exercer sa mission à l'insu de la personne surveillée que lorsque des informations ne sont pas directement demandées à cette dernière.

Force est toutefois de constater qu'à notre connaissance, la jurisprudence relative aux activités du détective privé n'avait pas pris en compte, avant cet arrêt du 2 mars 2010, la loi du 8 décembre 1992 ou, à tout le moins, n'en avait pas tiré explicitement de conséquences[200].

196 Voy. Loi du 8 décembre 1992, art. 4, § 1er, 1°.

197 Voy. Loi du 8 décembre 1992, art. 9, § 1er et § 2, qui prévoit l'obligation d'information, son contenu et le moment où celle-ci doit intervenir. Voy., pour plus de détails, Fr. DUMORTIER, « La loi du 8 décembre 1992, un obstacle au métier de détective privé ? », *op. cit.*, p. 89.

198 L'article 9, § 1er, de la loi du 8 décembre 1992 stipule que « le responsable du traitement ou son représentant doit fournir à la personne concernée auprès de laquelle il obtient des données la concernant et au plus tard au moment où ces données sont obtenues, au moins les informations énumérées ci-dessous, sauf si la personne concernée en est déjà informée : a) le nom et l'adresse du responsable du traitement et, le cas échéant, de son représentant ; b) les finalités du traitement ; c) l'existence d'un droit de s'opposer, sur demande et gratuitement, au traitement de données à caractère personnel la concernant envisagé à des fins de direct marketing ; d) d'autres informations supplémentaires (...) ».

199 L'article 9, § 2, de la loi du 8 décembre 1992 mentionne que « lorsque les données n'ont pas été obtenues auprès de la personne concernée, le responsable du traitement ou son représentant doit, dès l'enregistrement des données ou, si une communication de données à un tiers est envisagée, au plus tard au moment de la première communication, fournir à la personne concernée au moins les informations énumérées ci-dessous (...) ». Fr. Dumortier en retient que « si les données ne sont pas obtenues directement auprès de la personne concernée (par exemple lors de prises de photos ou de vidéos), l'information ne doit seulement avoir lieu que lors de l'enregistrement des données par le responsable du traitement (le client) ou même lors de leur première communication à un tiers, comme par exemple à un juge ». Fr. DUMORTIER, « La loi du 8 décembre 1992, un obstacle au métier de détective privé ? », *op. cit.*, p. 89.

200 C. trav. Mons (2e ch.), 18 février 2008, *R.D.T.I.*, 2008, p. 229, note K. ROSIER et S. GILSON.

2. La loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé

Comme nous l'avons expliqué *supra*, la jurisprudence accorde une attention particulière au respect des dispositions de la loi organisant la profession de détective privé, pour accepter les preuves récoltées par celui-ci (comme le rapport du détective privé)[201]. Nous nous proposons d'examiner ces dispositions.

a. Définition légale du détective privé et ratio legis

L'objectif poursuivi par le législateur consiste à réglementer la profession de détective privé « dans l'intérêt de la sécurité publique et la protection de la vie privée en écartant des personnes dont la fiabilité morale ou professionnelle serait douteuse »[202].

La notion de détective privé est définie en fonction des activités énumérées de façon limitative[203] à l'article 1, § 1er, 1° à 5°, de la loi du 19 juillet 1991[204].

Les activités du détective privé ne s'apparentent pas aux activités du procureur du Roi ni à celles des agents de police judiciaire[205]. En effet, il ne relève pas de la compétence du détective privé de rechercher les infractions, d'en rassembler les preuves et de livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir: cette compétence revient au procureur du Roi et aux officiers et agents de police judiciaire[206].

Toutefois, il relève bien de sa compétence, en vertu de l'article 1, § 1er, 3°, de la loi du 19 juillet 1991, de « réunir des éléments de preuve ou constater des faits qui donnent ou peuvent donner lieu à des conflits entre personnes ou qui peuvent être utilisés pour mettre fin à ces conflits »[207].

Les activités du détective privé visent principalement la recherche des personnes et le rassemblement de preuves[208].

b. Conditions, obligations et limites de l'action du détective privé

§ 1. Conditions

Pour pouvoir exercer la profession de détective privé et, dès lors, rassembler des preuves, il faut obtenir l'autorisation du ministre de l'Intérieur[209] prévue à l'article 2 de la loi du 19 juillet 1991[210], suite à laquelle une carte d'identification est délivrée. À défaut, les preuves récoltées pourraient être considérées comme irrégulières et, partant, être écartées par le juge[211], sous réserve toutefois de ce qui sera dit *infra* concernant la licéité de la preuve suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008. À cet égard, le tribunal correctionnel de Verviers, dans un jugement du 16 octobre 2002, a jugé que le fait pour un inspecteur d'une compagnie d'assurances de rassembler des élé-

201 Voy., dans ce sens, notamment C. trav. Mons (5e ch.), 16 février 2001, R.G. n° 16 287; C. trav. Bruxelles (6e ch.), 18 mars 2002, *Bull. ass.*, 2002, p. 645; Corr. Verviers, 16 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, liv. 2, p. 8; C. trav. Anvers (2e ch.), 17 novembre 2003, *Chron. D.S.*, 2004, p. 91; Anvers, 27 juin 2005, *R.W.*, 2005-2006, pp. 1509-1511, note D. Mertens; Civ. Anvers, 7 mars 2007, *R.W.*, 2007-2008, n° 8, p. 332; C. trav. Mons (3e ch.), 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, pp. 177-178; C. trav. Liège, 15 décembre 2008, *R.R.D.*, 2008, pp. 242-260; C. trav. Liège (2e ch.), 21 avril 2009, *J.T.T.*, 2009, p. 282; C. trav. Liège, 17 décembre 2009, R.G. n° 36 219, www.cass.be.

202 Quatre principes majeurs sont au fondement de cette loi. Premièrement, la profession ne peut être exercée que par des personnes de confiance qui ont suivi une formation spécifique. Deuxièmement, en vue d'assurer la protection de la vie privée des citoyens, des conditions strictes d'exercice de la profession de détective privé sont exigées. De plus, les méthodes et les moyens d'investigation du détective privé dans le cadre de sa mission légale sont limités. Troisièmement, la loi entend protéger le client contre d'éventuelles manœuvres frauduleuses d'un détective privé. Et finalement, elle tente d'instaurer un système adapté de contrôle et de sanction. Voy., en ce sens, Projet de loi organisant la profession de détective privé, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1990-1991, n° 1259/1, pp. 1-2; C.E., 27 août 1993, n° 43 874; D. Mertens, « Uitlokking, privédetectives en het bewijs in handelszaken », *R.W.*, 2005-2006, p. 1510.

203 Liège (6e ch.), 6 décembre 2006, *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, pp. 531-540, note Fr. Kuty.

204 Cet article stipule « qu'un détective privé est toute personne physique, qui dans un lien de subordination ou non, exerce habituellement, contre rémunération et pour le compte d'autrui, des activités, consistant à: 1. rechercher des personnes disparues ou des biens perdus ou volés; 2. recueillir des informations relatives à l'état civil, à la conduite, à la moralité et à la solvabilité de personnes; 3. réunir des éléments de preuve ou constater des faits qui donnent ou peuvent donner lieu à des conflits entre personnes ou qui peuvent être utilisés pour mettre fin à des conflits; 4. rechercher des activités d'espionnage industriel; 5. exercer toute autre activité définie par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres (...) ».

205 Voy., dans ce sens, l'article 14 de loi du 19 juillet 1991, qui dispose qu'« il est interdit au détective privé de se présenter de quelque façon que ce soit comme un membre de police ou d'un service public de renseignements. Si le détective privé a fait partie d'un service de police ou d'un service public de renseignements, il ne peut en faire état dans l'exercice de ses activités professionnelles ».

206 Liège (6e ch.), 6 décembre 2006, *Rev. dr. pén. crim.*, 2007, pp. 531-540, note Fr. Kuty. Voy. aussi C.A., 1er avril 1998, n° 37/98, *C.A.-A.*, 1998, p. 463; Projet de loi organisant la profession de détective privé, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1990-1991, n° 1259/1, p. 11.

207 Voy., dans ce sens, notamment Corr. Verviers (10e ch.), 16 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, pp. 83-84; Mons (14e ch.), 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 296.

208 Sur le rassemblement de preuves, voy. Corr. Verviers (10e ch.), 16 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, pp. 83-84. Le tribunal correctionnel de Verviers décide notamment que « la loi relative aux détectives privés concerne bien la compétence de rassembler des preuves et qu'il est établi que l'inspecteur ne portait pas le titre requis ». Notons que les activités peuvent être de nature diverse et être complétées par d'autres activités définies par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres.

209 Pour plus de détails, voy. J. De Cuyper et W. De Cuyper, « La licence de détective privé », *Rev. exp.*, 2000, n° 159, pp. 28-35. Notons qu'en vertu de l'article 59 de la loi du 28 avril 2010 portant des dispositions diverses (*M.B.*, 5 mai 2010, p. 25 776), complétant, par un paragraphe 2, l'article 2 de la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé, le ministère de l'Intérieur peut désigner un agent qui délivrera l'autorisation, sauf dans le cas « de décisions relatives à une autorisation sous conditions, un refus d'autorisation ou un refus de renouvellement d'autorisation ». Cette disposition est entrée en vigueur le 20 mai 2010.

210 Voy. notamment, sur l'absence d'autorisation ministérielle, Corr. Audenarde (3e ch.), 17 septembre 2004, *Bull. ass.*, 2005, p. 314; Corr. Verviers (10e ch.), 16 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, pp. 83-84; C. trav. Mons (3e ch.), 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 178.

211 Voy., en ce sens, Corr. Verviers (10e ch.), 16 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, pp. 83-84; Trib. trav. Bruxelles, 1er février 2011, R.G. n° 18 410/10. En sens contraire, Corr. Audenarde (3e ch.), 17 septembre 2004, *Bull. ass.*, p. 314.

ments de preuve sans avoir l'autorisation du ministre de l'Intérieur constitue un exercice illégal de la profession de détective privé et que « le produit de ces investigations doit être écarté du dossier répressif »[212].

Cette autorisation est soumise au respect des conditions visées à l'article 3, § 1er, 1° à 6°, de la loi du 19 juillet 1991 durant l'exercice de sa profession[213]. À défaut, son autorisation pourra lui être retirée ou pourra être suspendue, conformément à l'article 18 de cette loi. Le détective privé peut également encourir des sanctions pénales, visées à l'article 19 de cette loi.

Les conditions de l'autorisation sont notamment l'interdiction d'avoir été condamné, même avec sursis[214], l'interdiction d'une infraction à la loi du 8 décembre 1992, le respect des conditions de formation et d'expérience professionnelles arrêtées par le Roi[215], le fait d'être ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, etc.[216]. L'autorisation est octroyée pour une période de cinq ans renouvelable[217], sous réserve qu'elle ne soit pas retirée ou suspendue[218]. Cette profession ne peut être exercée qu'à titre principal[219].

§ 2. Obligations

Le détective privé doit remplir une série d'obligations dans le cadre de sa mission[220].

Conformément à l'article 11 de la loi du 19 juillet 1991, le détective privé est notamment contraint d'indiquer, dans tous les documents qui émanent de

212 Corr. Verviers (10e ch.), 16 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, pp. 83-84.

213 Voy., pour une description de la loi, Th. HENRION, « Détective privé », *in Postal Memoralis. Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Kluwer, D.85/01 à D.85/25, mis à jour au 1er octobre 2010.

214 Cass. (2e ch.), 30 avril 1997, *Pas.*, I, 1997, p. 523, note M. GELDERS. La Cour de cassation décide que « ne peuvent être effacées les condamnations excluant la possibilité d'être autorisé à exercer la profession de détective privé ». Dans le même sens, C.E., 26 octobre 1993, n° 44 728 ; C.E., 14 juin 1994, n° 47 938.

215 Arrêté royal du 10 février 2008 relatif aux conditions en matière de formation et d'expérience professionnelles et à la reconnaissance des qualifications professionnelles CE pour l'exercice de la profession de détective privé ainsi qu'à l'agrément des formations (*M.B.*, 3 mars 2008, p. 12 876). Cet arrêté royal fixe les conditions de formation aux articles 3 à 6 et l'article 6 explicite la formation de base que doit avoir un détective privé.

216 Nous renvoyons, pour le surplus, au contenu de l'article 3 de la loi du 19 juillet 1991.

217 Voy., notamment, pour un refus de renouveler l'autorisation (en raison de son appartenance au Front Nouveau de Belgique et ses propos antisémites), C.E., 16 mai 2000, n° 873 021. Voy., pour l'annulation du refus de renouvellement de l'autorisation, C.E., 19 mai 1999, n° 80 310.

218 E. CARLIER et G. ALBERT, « L'instauration d'un plan de sécurité dans l'entreprise et le droit au respect de la vie privée », *in Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2005, p. 207.

219 Loi du 19 juillet 1991, art. 4.

220 Voy. P. DE HERT, « Wat mogen privé-détectives eigenlijk ? », *Juristenkrant*, 2000, liv. 11, pp. 12-13.

lui, son titre professionnel et l'autorisation du ministre de l'Intérieur[221]. Il doit également toujours être muni de sa carte d'identification[222].

Le détective doit par ailleurs, préalablement à sa mission, conclure une convention écrite avec chaque client. Cette convention doit comprendre les mentions fixées par la loi et être signée par les parties, sous peine de nullité, conformément à l'article 8 de la loi du 19 juillet 1991[223]. Cette nullité ne peut toutefois pas être soulevée par le client. Relevons déjà que les formalités prévues à peine de nullité constituent un des critères de l'application de la jurisprudence *Antigone* et peuvent dès lors avoir une incidence sur l'admissibilité ou le rejet d'une preuve irrégulière[224].

À cela s'ajoute le fait qu'à la fin de sa mission, le détective doit rédiger un rapport en deux exemplaires, qui décrit ses activités ainsi que les dates, lieux et heures de ses activités. Il ne peut réclamer aucun paiement au client tant qu'il ne lui a pas donné le rapport partiel ou définitif, en vertu de l'article 9 de la loi du 19 juillet 1991[225], ce qui vise à assurer au client une certaine protection en permettant aux instances chargées du contrôle de vérifier la crédibilité du rapport d'activités du détective privé[226].

§ 3. Limites de l'action du détective privé

Les limites de l'action du détective privé et le recours par lui à certaines méthodes sont fixées, d'une part, par la loi du 19 juillet 1991 et, d'autre part, par les règles relatives à la protection de la vie privée[227].

Collecte d'informations sensibles – L'article 7 de la loi du 19 juillet 1991 interdit au détective de récolter dans le cadre de sa mission des informations dites « sensibles »[228], comme les croyances religieuses, philosophiques, syndicales ou bien encore les informations sur l'orientation sexuelle, sur la

221 Voy. Trib. trav. Charleroi (1re ch.), 16 juin 2010, *Bull. ass.*, 2010, n° 372, p. 292. Dans ce jugement, le juge considère que l'absence du numéro d'autorisation du détective privé, requis conformément à l'article 11 de la loi, dans le rapport d'enquête constitue une irrégularité, qui n'affecte toutefois pas la validité de ce rapport, étant donné que cette mention n'est pas prescrite à peine de nullité.

222 B. DOCQUIR, *Droit à la vie privée*, *op. cit.*, p. 318.

223 Voy. C. trav. Mons (3e ch.), 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 178. Dans cette affaire, il y a eu une méconnaissance des dispositions de la loi. Il n'y a pas eu de convention écrite entre le détective privé et le client, ni même de rapport final du détective privé.

224 Sur ce point, nous renvoyons à l'examen relatif à la licéité de la preuve.

225 B. DOCQUIR, *Droit à la vie privée*, *op. cit.*, p. 318. Voy. aussi C. trav. Mons (3e ch.), 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 178.

226 Projet de loi organisant la profession de détective privé, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1990-1991, n° 1259/1, p. 10.

227 Nous visons l'article 8 de la C.E.D.H., l'article 22 de la Constitution et la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

228 B. DOCQUIR, *Droit à la vie privée*, *op. cit.*, p. 316.

santé, etc.[229]. Ces informations font également l'objet d'une protection particulière dans la loi du 8 décembre 1992[230]. À propos de ces données, nous relevons principalement des décisions se prononçant sur à la collecte d'information relative à la santé des travailleurs (par exemple, dans le cadre de l'évaluation de l'incapacité permanente d'un travailleur suite à un accident de travail). La notion de santé n'est pas définie par la loi du 19 juillet 1991 ; selon D. Mougenot, elle recouvre « tout ce qui a trait à la santé physique et psychique, passée, présente, et future au-delà des données médicales proprement dites »[231]. Cette notion est donc susceptible de revêtir un caractère large[232]. Nous relevons toutefois quelques décisions qui ont considéré que ne constituent pas des informations relatives à la santé celles qui sont recueillies dans un lieu public[233].

229 L'article 7 stipule: « Il est interdit au détective privé de recueillir sur les personnes qui font l'objet de ses activités professionnelles, des informations relatives à leurs convictions politiques, religieuses, philosophiques ou syndicales et à l'expression de ces convictions (ou relatives à leur appartenance mutualiste).
Il est interdit au détective privé de recueillir des informations relatives au penchant sexuel des personnes qui font l'objet de ses activités, sauf s'il s'agit d'un comportement contraire à la loi ou qui peut constituer un motif de divorce s'il agit à la requête d'un des conjoints.
Il est interdit au détective privé de recueillir des informations relatives à la santé (ou aux origines sociales ou ethniques) des personnes qui font l'objet de ses activités ».

230 Voy. Loi du 8 décembre 1992, art. 6 et 7.

231 D. Mougenot, « Humphrey Bogart au XXIe siècle: la preuve par production d'un rapport de détective privé », note sous C. trav. Liège, 15 décembre 2008, *R.R.D.*, 2008, p. 259, pour la notion de données relatives à la santé dans le cadre de la loi du 8 décembre 1992. Voy. aussi Y. Poullet et Th. Léonard, « La protection des données à caractère personnel en pleine (r)évolution », *J.T.*, 1999, pp. 387-388; B. Docquir, *Droit à la vie privée*, *op. cit.*, n° 504, p. 213.

232 Pour des cas d'application d'une interprétation large de la notion de santé, C. trav. Liège, 15 décembre 2008, *R.R.D.*, 2008, p. 236; Trib. trav. Charleroi (1re ch.), 16 juin 2010, *Bull. ass.*, 2010, n° 372, p. 294. Dans l'arrêt de la cour du travail de Liège du 15 décembre 2008, la cour considère que sont des informations relatives à la santé les images issues d'un montage vidéo montrant « comment l'intimé sort de sa voiture, comment il se déplace et comment il réintègre son véhicule ». D. Mougenot (« Humphrey Bogart au XXIe siècle: la preuve par production d'un rapport de détective privé », *op. cit.*, p. 259) estime que même s'il s'agit de données relatives à la santé, la cour du travail de Liège aurait pu faire application notamment d'une des exceptions à l'interdiction de traitement de données relatives à la santé, en invoquant le traitement de données rendues publiques par la personne, conformément à l'article 7, § 2, de la loi 8 décembre 1992, étant donné qu'il ressort des faits que le montage vidéo a été effectué dans un lieu public. Dans le même sens, cet auteur mentionne Civ. Anvers, 7 mars 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 332; C. trav. Bruxelles, 18 mars 2002, p. 645, note L. Van Gossum. Dans ces deux arrêts, la cour considère qu'il ne s'agit pas de données relatives à la santé, étant donné que ce sont des activités qui se déroulent dans un lieu public.

233 En ce sens, Civ. Anvers, 7 mars 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 332; C. trav. Bruxelles, 18 mars 2002, *Bull. ass.*, p. 645, note L. Van Gossum; Trib. trav. Charleroi (1re ch.), 16 juin 2010, *Bull. ass.*, 2010, n° 372, p. 292. Voy., dans un contexte analogue, un arrêt dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme n'a relevé aucune objection concernant les informations relatives à la santé: Cour eur. D.H., 28 juin 2001 (*Verlière c. Suisse*), *Rec.*, 2001, VII, p. 411. Voy. une autre décision n'ayant pas reconnu l'argument des informations relatives à la santé: C. trav. Liège, 17 décembre 2009, R.G. n° 36 219. Notons toutefois que la régularité de ce traitement de données devrait également être envisagée sous l'angle de la loi du 8 décembre 1992 et que le fait que les informations aient été recueillies dans un lieu public n'est pas déterminant pour conclure que celles-ci échapperaient à la protection de ces données en vertu de l'article 7 de la loi du 8 décembre 1992.

Ledit article 7 n'instaure donc une protection spécifique que pour certains éléments de la vie privée[234]. En cas de violation de cette disposition, le rapport du détective privé serait une preuve irrégulière[235].

On peut se demander si les informations non explicitement visées à l'article 7 peuvent, au contraire, être librement recueillies par un détective privé. Le Conseil d'État répond par la négative dans un arrêt du 18 décembre 2003 et relève à cet égard qu'« il n'était pas dans l'intention du législateur d'ainsi déterminer de façon limitative quelles informations le détective ne peut recueillir ni d'édicter que le détective privé peut recueillir toutes les autres informations de façon régulière, éventuellement même en contradiction avec une autre réglementation qui limiterait ou interdirait la collecte d'informations »[236].

Filatures et prise de photos – L'article 5 de la loi du 19 juillet 1991 interdit l'espionnage ou les prises de vues intentionnelles de personnes qui se trouvent dans des lieux non accessibles au public, à l'aide d'un appareil quelconque, sans que les personnes concernées aient donné leur consentement. À cet égard, la Cour de cassation a, dans un arrêt du 5 novembre 2004, interprété l'article 5 comme signifiant que la légalité de l'espionnage ou des prises de vues dépend non pas du lieu où se trouve le détective privé, mais plutôt de celui où se trouvent les personnes observées[237].

Les prises de vue sur la voie publique, sans le consentement de l'intéressé, peuvent constituer des « éléments » de preuve ou des commencements de preuve admissibles par le juge[238]. Un raisonnement par analogie peut être opéré pour les vidéocassettes enregistrées sur la voie publique[239].

234 Dans ce sens, P. De Hert, « Wat mogen privé-detectives eigenlijk ? », *op. cit.*, pp. 12-13. L'auteur relève que d'autres éléments de la vie privée ne sont toutefois pas protégés contre les investigations du détective privé.

235 Voy. C. trav. Liège, 15 décembre 2008, *R.R.D.*, 2008, p. 236. Dans cet arrêt, la cour a décidé d'écarter le rapport irrégulier d'un détective privé.

236 C.E., 18 décembre 2003, *T.B.P.*, n° 126 557, 2005, p. 489.

237 Cass. (1re ch.), 5 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1737.

238 Dans ce sens, C. trav. Bruxelles, 18 mai 1992, *Pas.*, I, pp. 71-72; Bruxelles (16e ch.), 14 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 640; Civ. Anvers, 7 mars 2007, *R.W.*, 2007-2008, n° 8, p. 332; C. trav. Liège (2e ch.), 21 avril 2009, *J.T.T.*, 2009, pp. 282-283.

239 Civ. Namur, 31 octobre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, pp. 438-440; Bruxelles (16e ch.), 14 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2002, pp. 640-644; C. trav. Bruxelles (6e ch.), 18 mars 2002, *Bull. ass.*, p. 645; Trib. trav. Charleroi (1re ch.), 16 juin 2010, *Bull. ass.*, 2010, n° 372, pp. 292-296. En ce qui concerne le refus d'accepter un montage vidéo, voy. C. trav. Mons, 15 décembre 2009, *R.R.D.*, 2008, p. 236. Voy., pour l'utilisation des vidéos et des photos comme éléments de preuve, P. Humblet, « Het gebruik van vidéo-opname als bewijsmiddel », *R.W.*, 2003-2004, pp. 301-303.

Comme indiqué précédemment, il a été décidé que lorsque l'employeur souhaite savoir si son travailleur utilise sa voiture professionnelle à des fins privées, l'espionnage sept jours sur sept du travailleur et de sa famille, par conséquent, également en dehors des heures de travail, la prise de photos de la famille du travailleur et l'interrogatoire de celui-ci constituent des moyens de preuve illicites, eu égard au caractère disproportionné de cette ingérence dans la vie privée du travailleur par rapport aux intérêts de l'employeur[240]. Ceci étant, cette décision est critiquable. On pourrait, en effet, objecter qu'en raison de certains des griefs qui sont formulés à l'encontre du travailleur, à savoir l'usage du véhicule à des fins privées, la surveillance devait automatiquement se dérouler en dehors des lieux et des heures de travail. De même, puisqu'il était reproché au travailleur d'avoir laissé sa compagne utiliser le véhicule alors que cela lui était interdit, l'employeur avait un intérêt à faire procéder à des contrôles en dehors des heures de travail. À nouveau, il s'agit d'une question de proportionnalité, à apprécier en tenant compte de la finalité, qui n'est jamais, pour l'employeur, que d'assurer le respect des directives pour l'usage du matériel lui appartenant[241].

Il ressort de ce qui précède qu'il convient de rester prudent sur l'interprétation à donner à l'article 5 de la loi du 19 juillet 1991. On ne peut, en toute hypothèse, pas conclure que tout contrôle sur un lieu public serait nécessairement autorisé[242].

Interrogatoires – La loi du 19 juillet 1991 ne reconnaît pas explicitement au détective privé la prérogative d'effectuer des interrogatoires ou des auditions. Dans un arrêt du 19 septembre 2003, la cour du travail de Mons a toutefois admis ce moyen d'investigation, tout en considérant qu'un détective privé mandaté par une entreprise n'a pas légalement de compétence pour

240 C. trav. Mons (3e ch.), 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 178. Voy., pour plus de détails, K. Rosier et S. Gilson, « Licéité de la preuve et droit au respect de la vie privée : principes et sanctions », *op. cit.*, pp. 244-258. La jurisprudence de la Cour de cassation française s'est prononcée dans le même sens. Voy. Cass. fr., 26 novembre 2002, *Rev. dr. soc.*, 2003, p. 225. Dans cet arrêt, la Cour de cassation française a jugé « qu'une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur ». Dans le même sens, voy. Cass. fr. (3e ch.), 2 octobre 2001, *Chron. D.S.*, 2002, p. 244. Dans ses conclusions, l'avocat général estime que « même sur les lieux du travail, le salarié a droit à une certaine autonomie car l'entreprise ne peut être un espace où l'arbitraire et le pouvoir discrétionnaire s'exercent sans frein, un terrain espionnage » (Kehrig, « Conclusions de l'avocat général », note sous Cass. fr. (3e ch.), 2 octobre 2001, *Chron. D.S.*, 2002, p. 243).

241 K. Rosier et S. Gilson, « Licéité de la preuve et droit au respect de la vie privée : principes et sanctions », *op. cit.*, p. 251.

242 D. Mougenot, « Humphrey Bogart au XXIe siècle : la preuve par production d'un rapport de détective privé », *op. cit.*, p. 250.

interroger une personne qui n'est pas un préposé de sa cliente[243]. En l'espèce, une société exploitante d'un supermarché soupçonnait de vol une travailleuse d'une autre société mais prestant au sein dudit supermarché. Elle l'avait fait entendre notamment par un détective privé, qu'elle avait mandaté à cet effet. La cour constate qu'en application de l'article 1er, § 3, de la loi du 19 juillet 1991, les informations obtenues à la suite des activités du détective privé doivent être réservées à son client et destinées à être utilisées exclusivement à l'avantage de ce dernier. Elle en infère que, dans le cas d'espèce, le directeur du supermarché était sans pouvoir pour inviter un détective à interroger une travailleuse d'une société tierce. Ce faisant, la cour estime implicitement qu'un détective privé pourrait entendre les préposés de son client. Comme le relève toutefois, à juste titre, D. Mougenot, il est à craindre que, lors de l'interrogatoire, le détective privé amène la personne interrogée à donner des éléments qui sont dans l'intérêt de la personne qui l'a engagé et, par conséquent, le rémunère, ce qui pose la question de l'indépendance du détective privé[244].

Manœuvres illicites – En toute hypothèse, le détective privé ne peut recourir à des manœuvres illicites, comme la provocation, pour rédiger son rapport. S'il le fait, son rapport sera considéré comme irrégulier[245]. À cet égard, il faut relever que la loi du 19 juillet 1991 est silencieuse sur le recours du détective privé à la provocation. La doctrine ne semble toutefois pas interdire ce recours lorsqu'il constitue le seul moyen de prouver les faits allégués[246].

243 C. trav. Mons (1re ch.), 19 septembre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 197. Voy. E. Carlier et G. Albert, « L'instauration d'un plan de sécurité dans l'entreprise et le droit au respect de la vie privée », *op. cit.*, p. 207 ; K. Rosier et S. Gilson, « La preuve en droit du travail », *op. cit.*, p. 9 ; D. Mougenot, « Humphrey Bogart au XXIe siècle : la preuve par production d'un rapport de détective privé », *op. cit.*, p. 259.

244 D. Mougenot, « Humphrey Bogart au XXIe siècle : la preuve par production d'un rapport de détective privé », *op. cit.*, p. 244.

245 Voy., pour des cas d'espèce où le rapport du détective a été écarté compte tenu de son irrégularité, C. trav. Bruxelles (6e ch.), 18 mars 2002, *Bull. ass.*, 2002, p. 645 ; C. trav. Anvers (2e ch.), 17 novembre 2003, *Chron. D.S.*, 2004, p. 91 ; Anvers, 27 juin 2005, *R.W.*, 2005-2006, pp. 1509-1511, note D. Mertens ; Civ. Anvers, 7 mars 2007, *R.W.*, 2007-2008, n° 8, p. 332 ; Mons (14e ch.), 2 mars 2010, *R.D.T.I.*, 2010, n° 41, p. 80. La provocation constitue « un mécanisme par lequel la partie qui veut se ménager une preuve crée volontairement une situation dans laquelle les faits à constater peuvent se produire » (voy. Fr. Dumortier, « La loi du 8 décembre 1992, un obstacle au métier de détective privé ? », note sous Mons (14e ch.), 2 mars 2010, *R.T.D.I.*, 2010, n° 41, p. 88). Sur le comportement non prudent et diligent d'un inspecteur d'une compagnie d'assurances qui est un détective privé, voy. Liège (3e ch.), 21 novembre 2005, *Bull. ass.*, 2006, n° 356, p. 370.

246 D. Mertens, « Uitlokking, privé-detective en het bewijs in handelzaken », *op. cit.*, p. 1509. Notons que le Roi peut, en vertu de l'article 6 de la loi, limiter, voire interdire au détective privé, l'usage de certains moyens et méthodes.

Ceci dit, si l'on se réfère à l'arrêt du 2 mars 2010 de la cour d'appel de Mons précité[247], il convient de constater que l'application de la loi du 8 décembre 1992 induit une interdiction de recueillir des informations directement auprès de la personne concernée sans l'informer de la finalité pour laquelle elles sont demandées[248]. Cela implique que le détective privé ne peut taire sa qualité de détective s'il s'adresse, par exemple, directement à la personne qui fait l'objet de sa mission, pour l'interpeller[249].

c. *Rapport du détective privé*

Antérieurement à la réglementation de la profession de détective privé, certaines décisions estimaient que le recours à un détective privé était contraire à l'ordre public[250]. Il existait une certaine méfiance traditionnelle à l'égard du rapport du détective privé[251]. Les juridictions justifiaient le refus d'admettre le rapport du détective privé comme mode de preuve au motif que l'activité de ce dernier était effectuée en dehors de tout contrôle judiciaire et dans des conditions qui n'assuraient pas une garantie quant à l'exactitude des faits. À cela s'ajoutait le fait que le détective privé était « spécialement engagé et payé par une partie qui est directement intéressée au litige »[252]. Ce dernier point rejoint l'idée que le détective privé ne serait pas un témoin digne de confiance, ni un témoin assermenté[253], mais un témoin mercenaire[254]. Dans ce sens, la cour du travail de Mons, dans un arrêt du 16 mars 1995, a considéré « qu'il y a lieu d'examiner avec la plus grande circonspection les résultats d'une enquête menée par une agence spécialisée de détectives privés

247 Mons (14e ch.), 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 296, note D. Mougenot; *R.D.T.I.*, 2010, n° 41, p. 80, note Fr. Dumortier.

248 Voy., *contra*, C. trav. Anvers (2e ch.), 17 novembre 2003, *Chron. D.S.*, 2004, p. 91. Dans cet arrêt, la cour du travail d'Anvers n'identifie aucune irrégularité dans le fait, pour un détective privé, de se faire passer pour un client potentiel auprès d'un travailleur pour mettre en évidence un comportement problématique dans le chef de ce dernier.

249 Fr. Dumortier, « La loi du 8 décembre 1992, un obstacle au métier de détective privé ? », obs. sous C. trav. Mons (14e ch.), 2 mars 2010, *R.D.T.I.*, 2010, n° 41, p. 89.

250 Civ. Bruxelles, 6 avril 1976, *Pas.*, III, 1976, p. 51.

251 Voy. C. trav. Liège, 17 mai 1985, *J.T.T.*, 1985, p. 472; Trib. trav. Bruxelles, 13 septembre 1985, *Chron. D.S.*, 1986, p. 278; Trib. trav. Bruxelles (8e ch.), 17 mars 1987, *Chron. D.S.*, 1987, p. 312.

252 C. trav. Liège (4e ch.), 23 avril 1981, *J.T.T.*, 1982, p. 354; C. trav. Liège, 7 janvier 1982, *J.T.T.*, 1983, p. 177; C. trav. Liège, 17 mai 1985, *J.T.T.*, 1985, p. 472; Trib. trav. Bruxelles, 13 septembre 1985, *Chron. D.S.*, 1986, p. 278; Trib. trav. Bruxelles (8e ch.), 17 mars 1987, *Chron. D.S.*, 1987, p. 312; C. trav. Mons, 16 mars 1995, *J.T.T.*, 1996, p. 147; Trib. trav. Audenarde (sect. Zottegem, 1re ch.), 3 avril 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 347.

253 Voy. Trib. trav. Audenarde (sect. Zottegem, 1re ch.), 3 avril 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 347.

254 Voy., dans ce sens, D. Mertens, « Uitlokking, privé-detective en het bewijs in handelzaken », *op. cit.*, p. 1510. Ce dernier stipule que « quand le détective privé agit dans le cadre de sa mission légale, l'exactitude et la véracité de ces constatations ne sont pas garanties, ce dernier n'étant ni un fonctionnaire assermenté, ni un témoin mais un témoin mercenaire ».

dès lors que cette enquête est réalisée à la demande et aux frais exclusifs de l'employeur en dehors de tout contrôle judiciaire et dans des conditions ne présentant aucune garantie quant à l'exactitude des renseignements qui y sont mentionnés »[255].

Il apparaît que cette méfiance est plus tempérée depuis que cette profession a fait l'objet d'une reconnaissance légale, et ce, même si des incertitudes quant à la fiabilité d'un rapport de détective privé continuent d'exister[256]. En effet, bien que cette profession ait été réglementée, force est de constater que certaines interrogations demeurent, notamment quant à l'absence de contrôle judiciaire et quant au fait que le détective privé est une personne rémunérée par l'employeur[257]. Aussi, on constate que les juridictions examinent avec une certaine circonspection et prudence les preuves récoltées par le détective privé[258].

Le rapport du détective privé est toutefois admis comme mode preuve par la jurisprudence s'il respecte les conditions fixées par la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé[259]. Dès lors, les preuves

255 C. trav. Mons, 16 mars 1995, *J.T.T.*, 1996, p. 147.

256 Dans ce sens, voy. H. Deckers, *Le licenciement pour motif grave*, *op. cit.*, p. 106; V. Vannes, *Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 766; S. Gilson et K. Rosier, « La preuve en droit du travail », *op. cit.*, p. 10; J.-P. Cordier et S. Bechet, « La preuve du motif grave et les règles relatives à la protection de la vie privée: conflit de droits ? », *op. cit.*, p. 105; D. Mougenot, « Humphrey Bogart au XXIe siècle: la preuve par production d'un rapport de détective privé », *op. cit.*, p. 245; W. van Eeckhoutte et V. Neuprez, *Compendium social 2010-2011*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 2042; J.-P. Lacomble, « Preuve du motif grave et vie privée du travailleur: une question d'équilibre », *in* Th. Claeys et C. Engels, *La loi du 3 juillet 1978, 30 ans après... vue sous un angle différent*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 196.

257 En ce sens, voy. D. Mertens, « Uitlokking, privé-detective en het bewijs in handelzaken », *op. cit.*, p. 1510; D. Mougenot, « Humphrey Bogart au XXIe siècle: la preuve par production d'un rapport de détective privé », *op. cit.*, p. 243; C. trav. Mons (3e ch.), 16 mars 1995, *J.T.T.*, 1996, p. 147; C. trav. Anvers, 4 décembre 2002, *Chron. D.S.*, 2004, p. 147; C. trav. Liège (2e ch.), 21 avril 2009, *J.T.T.*, 2009, pp. 282-283; voy. aussi, pour le recours au détective privé en matière familiale, Bruxelles, 18 décembre 2001, R.G. n° 2001/701; Bruxelles, 4 février 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 883; Bruxelles, 24 février 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1513. Voy., dans le sens contraire, J.-P. Lacomble, « Preuve du motif grave et vie privée du travailleur: une question d'équilibre », *op. cit.*, p. 196. L'auteur considère que l'argument invoqué selon lequel le détective privé est rémunéré par l'employeur, pour atténuer la force probante ou rejeter le rapport du détective privé, n'est pas satisfaisant, étant donné qu'il estime que « cette profession est strictement réglementée par la loi, ce qui nous semble attacher à de tels rapports une objectivité qui ne peut parfois être garantie par les constats effectués, en interne, par les membres de l'entreprise ».

258 Voy., notamment Trib. trav. Audenarde (sect. Zottegem, 1re ch.), 3 avril 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 347; Anvers, 27 juin 2005, *R.W.*, 2005-2006, pp. 1509-1511, note D. Mertens; C. trav. Mons (3e ch.), 22 mai 2007, *J.T.T.*, pp. 178-179; Mons, 2 mars 2010, *R.D.T.I.*, 2010, n° 41, p. 80. On constate un même raisonnement en ce qui concerne l'utilisation d'un rapport de détective privé comme mode de preuve en matière de droit de la famille: voy. Bruxelles, 24 février 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1513; Bruxelles, 4 février 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 883; Bruxelles, 18 décembre 2001, R.G. n° 2001/701, www.cass.be.

259 C. trav. Mons (5e ch.), 16 février 2001, R.G. n° 16 287; C. trav. Bruxelles (6e ch.), 18 mars 2002, *Bull. ass.*, 2002, p. 645; Corr. Verviers (10e ch.), 16 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, liv. 2, p. 8; C. trav. Anvers (2e ch.),

rapportées par un détective privé qui ne respecte pas les dispositions de la loi sont considérées comme illicites[260].

Le rapport du détective privé ne vaut que comme commencement de preuve[261]. Le détective privé n'étant pas un officier ministériel, les constatations qui se trouvent dans son rapport n'ont pas de « force probante authentique », ni même une valeur probante identique à celle d'un procès-verbal d'un agent de police[262], mais constituent une présomption, dont la valeur probante dépend des circonstances[263]. À cet égard, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation[264]. Comme le relève D. Mougenot, la cour d'appel de Bruxelles a constamment affirmé que le rapport du détective privé ne peut constituer une présomption que s'il est étayé par d'autres éléments. Il doit, en outre, être examiné avec prudence, au motif que le détective privé est rémunéré par l'employeur[265]. En vue de s'assurer du caractère incontestable des constatations faites par le détective privé, le client pourrait le faire accompagner d'un huissier, qui rédigerait un procès-verbal[266].

17 novembre 2003, *Chron. D.S.*, 2004, p. 91; Anvers, 27 juin 2005, *R.W.*, 2005-2006, pp. 1509-1511, note D. Mertens; Civ. Anvers, 7 mars 2007, *R.W.*, 2007-2008, n° 8, p. 332; C. trav. Mons (3e ch.), 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, pp. 177-178; C. trav. Liège, 15 décembre 2008, *R.R.D.*, 2008, pp. 242-260; C. trav. Liège (2e ch.), 21 avril 2009, *J.T.T.*, 2009, p. 282; C. trav. Liège, 17 décembre 2009, R.G. n° 36 219, cité par F. Debry, « Het bewijs van dringende reden door vastellingen van een privédetective: geldigheid en gevolgen », *Soc. Weg.*, 2010, liv. 21, pp. 9-11.

260 Voy., pour des exemples de rapports de détective privé écartés car considérés comme irréguliers au motif qu'ils ne respectaient pas la loi du 19 juillet 1991, C. trav. Bruxelles (6e ch.), 18 mars 2002, *Bull. ass.*, 2002, p. 645, note L. Van Gossum; Corr. Verviers (10e ch.), 16 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 83; Anvers (4e ch.), 27 juin 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 1507; Corr. Audenarde (3e ch.), 17 septembre 2004, *Bull. ass.*, 2005, p. 314; Mons, 22 mai 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 177; C. trav. Liège (9e ch.), 15 décembre 2008, *R.R.D.*, 2008, p. 242; C. trav. Liège (2e ch.), 21 avril 2009, *J.T.T.*, 2009, pp. 282-283.

261 Voy. notamment D. Mertens, « Uitlokking, privé-detective en het bewijs in handelzaken », *op. cit.*, p. 1510. Voy., sur l'acceptation du rapport du détective privé comme commencement de preuve, C. trav. Liège, 17 mai 1985, *J.T.T.*, 1985, p. 472; Trib. trav. Bruxelles, 13 septembre 1985, *Chron. D.S.*, 1986, p. 278; C. trav. Liège, 7 janvier 1982, *J.T.T.*, 1983, p. 177; Trib. trav. Audenarde (sect. Zottegem, 1re ch.), 3 avril 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 347; Anvers, 27 juin 2005, *R.W.*, 2005-2006, pp. 1509-1511, note D. Mertens; C. trav. Liège (2e ch.), 21 avril 2009, *J.T.T.*, 2009, pp. 282-283.

262 H. Dams, « Private opsporing, publieke vervolging », *in* J. Mulkers (dir.), *Privé-detectives : ontwikkelingen inzake private opsporing*, Maklu, Anvers, 2002, p. 77.

263 D. Mougenot, « Humphrey Bogart au XXIe siècle : la preuve par production d'un rapport de détective privé », *op. cit.*, p. 243.

264 B. Docquir, *Droit à la vie privée*, *op. cit.*, p. 316.

265 Voy. notamment Bruxelles, 4 février 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 883; Bruxelles, 24 février 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1513; Bruxelles, 18 décembre 2001, R.G. n° 2001/701.

266 L. Van Gossum, obs. sous C. trav. Bruxelles (6e ch.), 18 mars 2002, *Bull. ass.*, pp. 652-653; C. trav. Liège, 17 décembre 2009, R.G. n° 36 219; F. Debry, « Het bewijs van dringende reden door vastellingen van een privédetective: geldigheid en gevolgen », *op. cit.*, pp. 9-11.

E. Fouille des travailleurs dans l'entreprise et sur le lieu de travail[267]

1. Notion de fouille

Selon la Cour de cassation, « La fouille consiste à examiner une personne pour vérifier si des objets ne sont pas dissimulés dans ou sous ses vêtements »[268]. Dans le sens courant, elle peut également viser une armoire ou des poches. On comprend que la fouille répond à un objectif de contrôle, exercé dans un but de prévention ou de répression de certains comportements ou contre le port de certains objets. Elle peut être réalisée par la palpation superficielle des vêtements d'une personne ou par le contrôle des biens qu'elle porte, qui lui appartiennent ou qu'elle détient et qui se trouveraient, par exemple, dans un sac, une armoire, un véhicule…

La fouille des personnes et des biens relève normalement de la seule compétence des forces de l'ordre public[269], dès lors qu'elle constitue une atteinte à la vie privée de la personne qui en est l'objet. Elle vise, en principe, le maintien de l'ordre et la recherche d'infractions. Ainsi, dans un arrêt du 19 mars 2002, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler les contours de cette notion, visée par la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police. La Cour décide « (…) que la fouille visée à l'article 28 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police est la recherche sensorielle dans, sur ou sous les vêtements d'une personne présente ou le contrôle des bagages de cette personne ; qu'ainsi l'examen de la nature, de la composition ou du contenu d'un objet remis volontairement au fonctionnaire de police compétent lors d'une intervention de police ne constitue pas une fouille au sens de la loi »[270].

267 Nous reprenons, en partie, le traitement que propose en la matière H. Deckers (*Le licenciement pour motif grave*, *op. cit.*, pp. 107-112).

268 Cass., 10 octobre 1987, *Arr. cass.*, 1987-1988, p. 248; *Bull.*, 1988, p. 230; *Pas.*, 1988, I, p. 230; *R.W.*, 1988-1989, p. 1025, note P. Arnou.

269 Il s'agit, en principe, d'une prérogative réservée aux fonctionnaires publics. Voy. notamment J.-P. Lacomble, « Preuve du motif grave et vie privée du travailleur : une question d'équilibre », *op. cit.*, p. 197; M. Goldfays et L. Van Moorsel, « Quelques aspects de la protection de la vie privée du travailleur à l'égard du (futur) employeur », *Orientations*, 2002, p. 192. Voy. également Cass., 19 novembre 2008, www.juridat.be : « En vertu de l'article 28, § 1er, 1°, de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, les fonctionnaires de police peuvent, dans l'exercice de leurs missions de police administrative et afin de s'assurer qu'une personne ne porte pas une arme ou un objet dangereux pour l'ordre public, procéder à une fouille de sécurité lorsque, en fonction du comportement de cette personne, d'indices matériels ou de circonstances, ces fonctionnaires ont des motifs raisonnables de croire que la personne faisant l'objet d'un contrôle d'identité dans les cas et les conditions prévus à l'article 34, porte une arme ou un objet dangereux pour l'ordre public ».

270 Cass., 19 mars 2002, R.G. n° P001597N, www.juridat.be.

Force est toutefois de constater qu'à l'heure actuelle, la fouille n'est plus l'apanage des seules forces de l'ordre et que d'autres intervenants, comme des services privés de gardiennage, se sont vu reconnaître par la loi certaines prérogatives en la matière[271].

La fouille des travailleurs constitue d'ailleurs une pratique fréquente au sein des entreprises[272]. Il s'agit, pour l'employeur, d'un mode de contrôle direct des travailleurs, pouvant, le cas échéant, constituer un moyen de preuve de l'existence de faits constitutifs d'un motif grave dans le chef de l'un d'eux.

Aussi, on retrouve en jurisprudence des décisions se penchant aussi bien sur les personnes habilitées à réaliser une fouille[273] que sur les lieux où ce contrôle peut être réalisé (sur ou en dehors du lieu de travail, à l'entrée ou à la sortie du lieu de travail)[274] ou encore sur les modalités de cette fouille (nécessité du consentement du travailleur concerné et objet de la fouille)[275]. Cette jurisprudence a d'ailleurs nourri d'intéressantes analyses en doctrine[276].

271 Loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière (*M.B.*, 29 mai 1990).

272 C'est du moins ce qu'il ressort du rapport précédant la convention collective de travail n° 89 du 30 janvier 2007 concernant la prévention des vols et les contrôles de sortie des travailleurs quittant l'entreprise ou le lieu de travail (www.cnt-nar.be).

273 Voy., par exemple, C. trav. Liège, 21 mai 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 180. Dans cet arrêt, la cour a considéré que n'étaient pas valides les constatations issues d'une fouille réalisée par une personne non habilitée à la faire.

274 Voy., par exemple, C. trav. Liège, 12 septembre 2002, *Chron. D.S.*, 2003, p. 184. Ainsi, « l'employeur est en droit de procéder à un contrôle des effets personnels de la travailleuse après les heures de travail pour autant qu'elle n'ait pas quitté l'entreprise ou son parking même si celui-ci est commun à plusieurs entreprises. La fouille est régulière si la travailleuse, après avoir quitté les locaux de l'entreprise, a volontairement accepté d'y revenir à la demande de l'employeur en vue de l'exécution du contrôle ».

275 Voy., par exemple, Trib. trav. Bruxelles, 6 juin 1984, *Chron. D.S.*, 1984, p. S23 (question du consentement du travailleur par le truchement de l'acceptation du règlement de travail) ; Trib. trav. Nivelles (1re ch.), 8 février 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 181 (absence de consentement) ; C. trav. Mons (1re ch.), 19 septembre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 197 (question du consentement tacite du travailleur) ; C. trav. Bruxelles, 5 octobre 2004, R.G. n° 42 977 (fouille d'un vestiaire en l'absence de consentement du travailleur) ; C. trav. Gand, 16 septembre 2005, *Chron. D.S.*, 2006, p. 150 (fouille d'une armoire attribuée au travailleur, sans son consentement) ; C. trav. Bruxelles, 26 mars 2007, R.G. n° 43 099 (fouille du contenu du sac d'un travailleur).

276 Voy., par exemple, R. De Baerdemaeker et M. Kokot, « Protection de la vie privée et contrat de travail », *op. cit.*, pp. 7 et 8 ; M. Lauvaux, V. Simon et D. Stas de Richelle, *Criminalité au travail. Détecter et contrôler les comportements frauduleux – Sanctions et responsabilité du travailleur*, Études pratiques de droit social, Waterloo, Kluwer, 2007, pp. 52-59 ; H. Deckers, *Le licenciement pour motif grave*, *op. cit.*, pp. 107-109 ; E. Piret, *Obligations des parties à la relation de travail*, Études pratiques de droit social, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 213 et 214.

2. Les différentes sources de réglementation applicables

a. Le droit au respect de la vie privée

La fouille est une pratique qui peut porter atteinte au droit au respect de la vie privée des travailleurs. Ceci a d'ailleurs été confirmé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[277].

Dans son arrêt *Peev*, la Cour donne toutefois une balise intéressante pour mieux cerner les cas dans lesquels on peut porter atteinte au droit au respect de la vie privée[278]. Pour évaluer si certaines informations relèvent ou non de la notion de vie privée, la Cour européenne des droits de l'homme examine en effet, à titre préalable, si la personne concernée pouvait se prévaloir de l'existence d'une légitime croyance du fait que certaines informations conservaient un caractère privé. Après avoir rappelé sa jurisprudence antérieure à cet égard[279], la Cour estime qu'en l'espèce, « le requérant avait bel et bien une telle attente, si ce n'est à l'égard de l'ensemble de la pièce, au moins à l'égard du bureau et des meubles de classement qui s'y trouvaient. En témoigne le grand nombre d'effets personnels qu'il y conservait. De plus, pareil arrangement est implicite dans les relations employeur-employé ordinaires, et dans les circonstances de l'espèce aucun élément – tels un règlement ou une politique déclarée de l'employeur dissuadant les employés de conserver des documents et effets personnels dans leurs bureaux ou meubles de classement – ne donne à penser

277 Cour eur. D.H., 26 septembre 2006 (*Wainwright c. Royaume-Uni*), § 43 ; Cour eur. D.H., 25 mars 1993 (*Costello-Roberts c. Royaume-Uni*), § 36 ; Cour eur. D.H., 6 février 2001 (*Bensaïd c. Royaume-Uni*), n° 44 599/98, § 46.

278 Cour eur. D.H., 26 juillet 2007 (*Peev*), § 38, www.echr.coe.int/echr.

279 Elle indique à cet égard : « Dans l'affaire *Halford c. Royaume-Uni* elle a jugé que des appels téléphoniques passés par une femme policier à partir de locaux de la police étaient compris dans la notion de « vie privée » du fait que l'intéressée « pouvait raisonnablement croire au caractère privé » de ces appels (*Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, §§ 44 et 45, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-III). C'est aussi sur la base du critère précité que la Cour a conclu que le fait de filmer secrètement une personne dans les locaux de la police constituait une atteinte à sa vie privée (*Perry c. Royaume-Uni*, n° 63 737/00, §§ 36-43, C.E.D.H., 2003-IX). La Cour a également fait référence à ce critère dans d'autres affaires (*P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, n° 44 787/98, § 57, C.E.D.H., 2001-IX ; *Peck c. Royaume-Uni*, n° 44 647/98, § 58, C.E.D.H., 2003-I et *Von Hannover c. Allemagne*, n° 59 320/00, § 51, C.E.D.H., 2004-VI) ». On relèvera encore que, dans l'arrêt *Copland*, la Cour avait constaté que « N'ayant pas été prévenue que ses appels risquaient d'être surveillés, la requérante en l'espèce pouvait raisonnablement croire au caractère privé des appels passés depuis son téléphone professionnel (...). Il en va de même pour ses messages électroniques et ses connexions à des sites Internet » (Cour eur. D.H., 3 avril 2007 (*Copland*), n° 42, www.echr.coe.int/echr). Voy., à cet égard, F. Kéfer et S. Cornélis, « L'arrêt *Copland* ou l'espérance légitime du travailleur quant au caractère privé de ses communications », *R.T.D.F.*, 2009, p. 785.

que l'attente du requérant était injustifiée ou déraisonnable. Le fait qu'il était employé par une autorité publique et que son bureau se situait dans des locaux de l'État ne change rien à cette conclusion, surtout si l'on considère que le requérant n'était pas un procureur mais un expert en criminologie employé par le parquet. Dès lors, une perquisition étendue à son bureau et à ses meubles de classement doit être considérée comme une ingérence dans sa vie privée».

Dès lors qu'une fouille porte atteinte au droit au respect de la vie privée, elle n'est admissible que dans la mesure où elle répond aux principes de légalité, de finalité et de proportionnalité, qui s'imposent en application des articles 8 de la C.E.D.H. et 22 de la Constitution. Il convient, par conséquent, également de s'interroger sur la base légale, au sens de l'article 22 de la Constitution[280], autorisant l'employeur à porter une telle atteinte à la vie privée dans la mise en œuvre d'une politique de contrôle de ses travailleurs. Tout comme ce qui a été dit à propos du recours à un détective privé, la question de savoir si la loi du 3 juillet 1978 peut constituer une base légale suffisante pour autoriser un tel contrôle est discutable[281].

Certains contrôles susceptibles d'être mis en place par l'employeur ont toutefois été spécifiquement réglementés, comme expliqué *infra* (*cf.* sections 2 et 3).

b. La loi du 10 avril 1990

La loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière[282], telle qu'elle a été modifiée par la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses[283], habilite certaines personnes[284] à procéder à des contrôles dans les circonstances et selon les modalités qu'elle prévoit. Dans ces lignes, on aura plus particulièrement égard à l'article 8, §§ 6 à 6*quater*, de la loi du 10 avril 1990.

L'article 8, § 6, de la loi du 10 avril 1990 pose le *principe général de l'interdiction du contrôle des vêtements ou des biens personnels*, et ce, que le contrôle intervienne à l'entrée ou à la sortie d'un lieu. Les *exceptions* sont visées aux §§ 6*bis* à 6*quater*, insérés dans la loi en 2006, et autorisent un tel contrôle moyennant le respect de certaines conditions propres à chaque contrôle envisagé.

280 Nous renvoyons à ce qui a été dit ci-dessus lors de l'examen du recours à un détective privé.

281 Voy. notamment Fr. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, *op. cit.*, p. 61.

282 M.B., 29 mai 1990.

283 Loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (I) (M.B., 28 décembre 2007), art. 362. L'article 362 modifie l'article 8 de la loi du 10 avril 1990, en ce qu'il remplace le § 6 et insère les §§ 6*bis* à 6*quater*.

284 Voy. Loi du 10 juillet 1990, art. 1 à 7.

Il s'agit :

- du contrôle à l'entrée des vêtements et des biens personnels uniquement en vue de détecter des armes ou objets dangereux dont l'introduction dans le lieu peut perturber le bon déroulement de l'événement ou mettre en péril la sécurité des personnes présentes (§ 6*bis*) ;
- du contrôle à la sortie des biens personnels uniquement axé sur la constatation de vol de biens dans un espace commercial, vis-à-vis de clients (§ 6*ter*) ;
- du contrôle à la sortie des biens des personnes uniquement axé sur la prévention ou la constatation de vol de biens dans une entreprise ou sur un lieu de travail, vis-à-vis des personnes qui y travaillent (§ 6*quater*)[285].

Ce dernier type de contrôle vise donc spécifiquement un contrôle des travailleurs. Une particularité de la réglementation de ce contrôle est que le législateur renvoie, quant aux conditions qui devront être respectées pour que celui-ci soit licite, aux conditions relatives à l'information et au consentement prévues par la convention collective du travail qui est conclue au sein du Conseil national du travail au sujet de la prévention du vol et des contrôles à la sortie des travailleurs qui quittent l'entreprise ou le lieu de travail. Il s'agit de la C.C.T. n° 89, sur laquelle nous reviendrons ci-après. Ce contrôle doit donc être *effectué* conformément aux conditions visées dans cette C.C.T. Notons qu'il est, par ailleurs, prévu que lorsque cette convention collective de travail n'est pas d'application, le contrôle soit subordonné à l'obtention du consentement individuel de l'intéressé.

c. C.C.T. n° 89

La fouille des travailleurs est donc également organisée par la convention collective de travail n° 89 du 30 janvier 2007 concernant la prévention des vols et les contrôles de sortie des travailleurs quittant l'entreprise ou le lieu de travail[286]. Les dispositions de la C.C.T. n° 89 doivent se lire en combinaison

285 Toutefois, «il peut arriver que le travailleur d'un magasin achète des produits sur place. Il n'est pas précisé s'il tombe sous le champ d'application de ce contrôle de sortie ou de la troisième exception (...) qui vise particulièrement le contrôle et la prévention des vols en entreprise. Dans la mesure où ces contrôles constituent une atteinte à la vie privée d'un individu, nous sommes d'avis que la loi est d'interprétation restrictive. Dès lors, un employeur ne pourrait, afin de contourner les conditions strictes édictées pour le contrôle sur le lieu de travail (...), procéder à un contrôle d'un travailleur sur la base de la présente exception au seul motif que le travailleur est un client du magasin, par exemple» (M. LAUVAUX, V. SIMON et D. STAS DE RICHELLE, *Criminalité au travail. Détecter et contrôler les comportements frauduleux – Sanctions et responsabilité du travailleur*, *op. cit.*, p. 57).

286 Cette C.C.T. a été rendue obligatoire par un arrêté royal du 25 avril 2007 (M.B., 11 mai 2007, www.moniteur.be). Elle est sera dénommée, ci-après, «C.C.T. n° 89». À cet égard, on peut se demander si la C.C.T. n° 89 pourrait constituer une base légale suffisante au regard de l'article 22 de la Constitution, eu égard aux enseignements tirés de l'arrêt du 19 juillet 2005 de la Cour d'arbitrage (actuellement, Cour constitutionnelle) précité. À ce propos, J.-Fr. Neven estime que «l'enseignement de l'arrêt paraît donc clair : dans une matière visée à l'article 22 de la Constitution, les modalités de l'ingérence et les garanties

avec l'article 8, §§ 6 à 6*quater*, de la loi du 10 avril 1990, que les dispositions de la C.C.T. n° 89 confirment et concrétisent en ce qui concerne les contrôles de sortie des travailleurs[287]. La C.C.T. n° 89 concerne exclusivement les *contrôles de sortie des travailleurs*. Pour le contrôle d'accès, il faut s'en référer à la loi du 10 avril 1990.

Ainsi que son intitulé le révèle, la C.C.T. n° 89 vise à concilier, d'une part, la nécessité et le besoin de l'employeur de mettre en place une politique de prévention des vols au sein de son entreprise[288] et, d'autre part, la nécessité d'encadrer la manière dont l'employeur va précisément pouvoir mettre en œuvre les contrôles de sortie et faire effectuer, par des agents de gardiennage au sens de la loi du 10 avril 1990, seuls habilités à ce faire, le contrôle des travailleurs, conformément au droit fondamental à la vie privée des travailleurs dans l'entreprise[289].

3. La réglementation applicable suivant les différents types de contrôles

a. Les contrôles envisagés dans la loi du 10 avril 1990

Comme nous l'avons évoqué ci-dessus, la loi du 10 avril 1990 envisage spécifiquement le contrôle des biens des travailleurs en son article 8, § 6*quater*.

Cette disposition prévoit que :

> « Le contrôle des biens des personnes à la sortie d'un lieu est interdit, sauf si le contrôle est uniquement axé sur la prévention ou la constatation de vol de biens dans une entreprise ou sur un lieu de travail, vis-à-vis des personnes qui y travaillent. Le contrôle peut être réalisé soit :
>
> a) si sur la base du comportement de l'intéressé, d'indices matériels ou des circonstances, il existe des motifs valables de croire que cette personne a dérobé des biens à l'endroit qu'elle quitte ;
>
> b) par échantillonnage.
>
> Le contrôle est soumis aux conditions cumulatives suivantes :
>
> a) la condition visée à l'article 8, § 6*ter*, alinéa 3, a)[290] et c)[291] ;
>
> b) dans le cas visé à l'alinéa 2, a), l'intéressé a donné son consentement individuel au contrôle ;
>
> c) le contrôle est effectué conformément aux conditions relatives à l'information et au consentement prévues par la convention collective du travail qui est conclue au sein du Conseil national du travail au sujet de la prévention du vol et des contrôles à la sortie des travailleurs qui quittent l'entreprise ou le lieu de travail et lorsque cette convention collective de travail n'est pas d'application, à condition que l'intéressé ait donné son consentement individuel ;
>
> d) dans le cas où la convention collective du travail, telle que visée sous c), est d'application au lieu concerné mais ne l'est pas vis-à-vis de la personne concernée, le contrôle, tel que visé à l'alinéa 2, b), ne peut avoir lieu que s'il est satisfait à la condition visée à l'article 8, § 6*ter*, alinéa 3, d)[292] ;
>
> e) le contrôle consiste exclusivement dans le contrôle des biens présentés volontairement par l'intéressé, qu'il porte sur lui ou dans son bagage à main ou qui se trouvent à l'intérieur de son véhicule ».

Pour les travailleurs employés par des employeurs auxquels la C.C.T. n° 89 s'applique, il y a donc lieu de compléter cette disposition par celles de la C.C.T. n° 89.

Principes clés de la réglementation – La C.C.T. n° 89 entend imposer le respect des principes de finalité, de proportionnalité et de transparence[293].

devant être données quant au respect de la vie privée et familiale (...) doivent être inscrites dans la loi. Elles ne peuvent pas faire l'objet d'une habilitation à une autre autorité. Il ne paraît donc pas possible de prévoir une habilitation en faveur des organisations représentées au Conseil national du travail » (J.-Fr. NEVEN, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles », *op. cit.*, p. 37). En l'espèce, la base légale serait la loi du 10 avril 1990 précitée, qui prévoit la conclusion d'une convention collective de travail au sein du Conseil national du travail (C.N.T.) en ce qui concerne les conditions d'information et de consentement des travailleurs. La C.C.T. n° 89, prévue par la loi, ne fait donc que compléter et concrétiser cette loi.

287 Voy. Loi du 10 avril 1990 précitée, art. 8, § 6*quater*. Voy. également le commentaire sous l'article 1er de la C.C.T. n° 89 et le rapport précédant la C.C.T. n° 89, pp. 1-2.

288 Voy. le rapport précédant la C.C.T. n° 89 : « il est dans l'intérêt des employeurs, des travailleurs et des tiers que chaque entreprise élabore une politique efficace de prévention des vols. Pour mener une telle politique, il est nécessaire que l'employeur détecte les risques de vol, les évalue et prenne les mesures adéquates afin de les prévenir ou d'y remédier » (p. 1).

289 C.C.T. n° 89, art. 1er. Voy. également le rapport précédant la C.C.T. n° 89, p. 1 : « L'objectif de la convention collective de travail est de faire en sorte que les contrôles de sortie des travailleurs se passent d'une manière conciliable avec les normes de base qui garantissent le droit de chaque individu au respect de sa vie privée ».

290 Ce *litera* a) renvoie lui-même à des conditions visées à l'article 8, § 6*bis*, al. 2, a), c) et e), de la loi, tout en précisant que les contrôles ne peuvent pas être effectués par des personnes qui agissent dans le cadre de l'article 2, § 1*bis*, 1°. Ces conditions de l'article 8, § 6*bis*, peuvent être synthétisées de la manière suivante : les contrôles ne peuvent être réalisés que (1) dans le cadre des activités consistant à fournir à des tiers, de manière permanente ou occasionnelle, des services de surveillance et de contrôle de personnes dans le cadre du maintien de la sécurité dans des lieux accessibles ou non au public, (2) si les personnes concernées se soumettent volontairement au contrôle et (3) s'ils portent exclusivement sur des biens pertinents vis-à-vis de leur objectif légal.

291 Ce *litera* c) exige que l'intéressé ait été averti au plus tard en pénétrant dans le lieu que des contrôles peuvent être effectués à la sortie.

292 Ce *litera* c) exige que l'intéressé ait donné son consentement individuel au contrôle.

293 Commentaire sous l'article 1 de la C.C.T. n° 89.

Le *principe de finalité* est visé à l'article 4 de la C.C.T. n° 89, qui dispose que « les contrôles de sortie ne sont autorisés que s'ils visent à prévenir ou à constater le vol des biens dans l'entreprise ou sur le lieu de travail » (alinéa 1er). À cet égard, suivant ce même article, « ils n'ont pas pour objectif de mesurer les prestations des travailleurs ou de contrôler les présences des travailleurs » (alinéa 2).

Le *principe de proportionnalité* ressort expressément de l'article 5 de la C.C.T. n° 89, en ce qu'il prévoit, tout d'abord, que « l'employeur ne peut utiliser les contrôles de sortie d'une manière incompatible avec la finalité expressément décrite » (alinéa 1er), ensuite, que « les contrôles de sortie doivent être adéquats, pertinents et non excessifs au regard de cette finalité » (alinéa 2), enfin, qu'« il faut d'abord prendre la mesure de contrôle qui porte le moins atteinte au droit de chaque individu au respect de sa vie privée » (alinéa 3).

Le *principe de transparence* est rencontré par l'article 7 de la C.C.T. n° 89 qui prévoit que « préalablement et lors de la mise en œuvre d'un système de contrôles de sortie, l'employeur doit informer le conseil d'entreprise sur le système, conformément aux dispositions de la convention collective de travail n° 9 (...). À défaut de conseil d'entreprise, cette information est fournie au comité pour la prévention et la protection au travail ou, à défaut d'un tel comité, à la délégation syndicale ou, à défaut, aux travailleurs » (§ 1er). Suivant ce même article, « l'information à fournir (...) porte en tout cas sur le périmètre de l'entreprise ou du lieu de travail ; les risques de vol dans l'entreprise ou sur le lieu de travail ; les mesures afin de prévenir ces risques ou d'y remédier ; et les méthodes de contrôle » (§ 2).

Les modalités d'application des contrôles de sortie, visées par l'article 8, § 6*quater*, de la loi du 10 avril 1990 et par les articles 3 à 9 de la C.C.T. n° 89, s'articulent logiquement autour de ces trois principes et les mettent en œuvre. Conformément à l'article 8, § 6, de la loi du 10 avril 1990, le principe général est celui de l'interdiction du contrôle des vêtements ou des biens personnels. Dès lors, les contrôles de sortie des biens des travailleurs sont, en principe, interdits. Par dérogation, ils sont autorisés ou possibles si, dans le respect des trois principes précités, ces contrôles sont uniquement axés sur la prévention ou la constatation de vol de biens dans l'entreprise ou sur le lieu de travail[294]. E. Piret relève que « la protection recherchée allant aux biens qui se trouvent dans l'entreprise ou sur le lieu de travail, elle peut donc aller tant aux biens appartenant à l'employeur qu'à des biens de tiers (travailleurs, clients, fournisseurs...) »[295].

294 Loi du 10 avril 1990, art. 8, § 6*quater*, al. 1.

295 E. Piret, *Obligations des parties à la relation de travail*, *op. cit.*, p. 205.

Types de contrôle admis – La loi du 10 avril 1990 et la C.C.T. n° 89 disposent que ce contrôle ne peut toutefois être réalisé que (1) soit dans l'hypothèse où il est effectué sur la base du comportement de l'intéressé, d'indices matériels ou des circonstances, s'il existe des motifs valables de croire que cette personne a dérobé des biens à l'endroit qu'elle quitte, (2) soit par voie d'échantillonnage en vue de prévenir le vol, la possibilité de contrôle devant alors exister pour tous les travailleurs concernés sans distinction[296]. Le contrôle ne peut en outre porter que sur des biens[297].

Par ailleurs, les contrôles effectués de manière systématique sont prohibés, qu'il s'agisse de contrôles effectués par des agents de gardiennage avec l'aide de moyens électroniques ou sans[298].

La loi du 10 avril 1990 prévoit toutefois, sous certaines conditions, une possibilité de déroger aux contrôles par voie d'échantillonnage et, dès lors, d'organiser un contrôle de sortie systématique des travailleurs. L'article 8, § 6*quater*, alinéa 4, de la loi du 10 avril 1990 prévoit en effet la possibilité, pour le ministre

296 Loi du 10 avril 1990, art. 8, § 6*quater*, al. 2, et C.C.T. n° 89, art. 6, § 3. En outre, « le consentement des travailleurs concernés par les contrôles de sortie par échantillonnage en vue de prévenir les vols doit ressortir de l'indication dans le rapport au conseil d'entreprise ou dans le rapport du comité pour la prévention et la protection au travail que l'obligation d'information (...) a été respectée de bonne foi et qu'un échange de vues a eu lieu à ce sujet. Dans les entreprises où il n'existe ni conseil d'entreprise ni comité pour la prévention et la protection au travail, le consentement des travailleurs ressort de l'indication dans le règlement de travail du droit de l'employeur de faire effectuer de tels contrôles, conformément à l'article 12 de la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail. Le droit de l'employeur de faire effectuer des contrôles par échantillonnage peut également ressortir, en l'absence de conseil d'entreprise ou de comité pour la prévention et la protection au travail, d'une convention collective de travail conclue au niveau de l'entreprise » (C.C.T. n° 89, art. 8, § 2). À cet égard, on note, avec M. Lauvaux, V. Simon et D. Stas de Richelle (*Criminalité au travail. Détecter et contrôler les comportements frauduleux – Sanctions et responsabilité du travailleur*, *op. cit.*, p. 59), qu'il ressort de l'article 14, 2°, c), de la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail que l'introduction dans le règlement de travail de « l'information relative à l'existence d'un contrôle à la sortie dans le cadre de la [C.C.T. n° 89], et à la désignation de (ou des) entreprise(s) de gardiennage ou du (ou des) service(s) interne(s) de gardiennage chargé(s) de ce contrôle » peut se faire directement par l'employeur, sans devoir en débattre au sein du conseil d'entreprise ou, en l'absence de conseil d'entreprise, avec les travailleurs, conformément à l'article 12 de cette loi. Cependant, dès lors que l'on connaît l'importance des exigences d'information et de consentement des travailleurs, finalement consacrées dans la C.C.T. n° 89, on ne pourra logiquement aller aussi loin que ces auteurs, qui, toutefois sur la base uniquement d'une C.C.T. encore en projet et des dispositions de la loi du 10 avril 1990, écrivaient, sur pied de l'article 14, que « la possibilité pour l'employeur d'instaurer un contrôle ne pourra pas être contrecarrée par les travailleurs ou leurs représentants. Il s'agit d'un droit dans le chef de l'employeur, pour autant qu'il respecte les conditions stipulées dans la loi du 10 avril 1990, telle que modifiée par la loi du 27 décembre 2006 » (*ibid.*, p. 59). On aperçoit en outre que l'article 8, § 2, de la C.C.T. n° 89 fait, quant à lui, expressément référence à l'article 12 de la loi du 8 avril 1965.

297 Loi du 10 avril 1990, art. 8, § 6*quater*, al. 3, e) ; C.C.T. n° 89, art. 6, § 4.

298 C.C.T. n° 89, art. 6, § 3. Ainsi, « le contrôle effectué par un agent de gardiennage qui a pris place derrière un portique électronique doit répondre aux conditions de l'article 6, § 3 » (commentaire de l'article 6 de la C.C.T. n° 89).

de l'Intérieur, de délivrer temporairement et de manière renouvelable l'autorisation d'effectuer des contrôles systématiques, pour autant toutefois que les trois conditions suivantes soient cumulativement respectées :

- la demande émane de l'entreprise ou du service à laquelle ou auquel les agents de gardiennage qui vont effectuer les contrôles appartiennent ;
- il est démontré, à l'aide d'un avis de sécurité, que d'autres moyens ou méthodes empiétant moins dans la sphère de la vie privée ne peuvent contribuer efficacement à la réalisation de l'objectif visé ;
- il existe, au sujet des contrôles à effectuer, un accord écrit conclu au sein du conseil d'entreprise ou, à défaut de conseil d'entreprise, entre l'employeur et la délégation syndicale ou, à défaut de délégation syndicale, les travailleurs[299].

La C.C.T. n° 89 ne prévoit la possibilité d'organiser des contrôles systématiques que s'ils ont lieu par le biais de systèmes de détection électroniques et/ou techniques[300].

Exigence d'un consentement dans le chef de la personne contrôlée – À l'instar de la loi du 10 avril 1990, la C.C.T. n° 89 prévoit que le consentement du travailleur est requis tant pour le contrôle individuel à la sortie réalisé sur la base de soupçons de vol[301] que pour les contrôles effectués par échantillonnage. Dans ce dernier cas toutefois, ledit consentement résulte d'une fiction, puisque la C.C.T. prévoit, en son article 8, § 2, que « Le consentement des travailleurs concernés par les contrôles de sortie par échantillonnage en vue de prévenir les vols doit ressortir de l'indication dans le rapport du conseil d'entreprise ou dans le rapport du comité pour la prévention et la protection au travail que l'obligation d'information décrite à l'article 7 a été respectée de bonne foi et qu'un échange de vues a eu lieu à ce sujet »[302].

299 Bien que la loi du 10 avril 1990 ne le prévoie pas expressément, à défaut de conseil d'entreprise et de délégation syndicale, cet accord écrit devrait être conclu au sein du comité pour la prévention et la protection au travail, sur pied de l'article 65*decies* de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

300 C.C.T. n° 89, art. 6, § 1er.

301 C.C.T. n° 89, art. 8, § 1er.

302 La C.C.T. prévoit un système de remplacement dans l'hypothèse où il n'existe ni conseil d'entreprise ni comité pour la prévention et la protection au travail :
« Dans les entreprises où il n'existe ni conseil d'entreprise ni comité pour la prévention et la protection au travail, le consentement des travailleurs ressort de l'indication dans le règlement de travail du droit de l'employeur de faire effectuer de tels contrôles, conformément à l'article 12 de la loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail.
Le droit de l'employeur de faire effectuer des contrôles par échantillonnage peut également ressortir, en l'absence de conseil d'entreprise ou de comité pour la prévention et la protection au travail, d'une convention collective de travail conclue au niveau de l'entreprise. »

Ainsi, à défaut pour l'employeur de respecter ses obligations en matière d'information et de consentement des travailleurs concernant l'organisation des contrôles de sortie, prévues par les articles 7 et 8 de la C.C.T. n° 89, celui-ci est présumé ne pas avoir obtenu le consentement à cet effet[303]. On pourrait toutefois soutenir que l'employeur est admis à démontrer que le travailleur concerné a donné son consentement à titre individuel, au moment de la fouille, dès lors que c'est la solution que la loi du 10 avril 1990 prévoit lorsque la C.C.T. n° 89 n'est pas d'application[304].

Sous cette réserve, les constatations opérées en violation des dispositions de la loi et/ou de la C.C.T. devront être considérées comme irrégulières.

On notera encore que la loi adopte de surcroît une approche tributaire du bon vouloir des personnes contrôlées, puisqu'elle prévoit que le contrôle n'est admissible que si les personnes concernées s'y soumettent volontairement et que celui-ci ne peut consister que dans le contrôle des biens présentés volontairement par l'intéressé, qu'il porte sur lui ou dans son bagage à main, ou qui se trouvent à l'intérieur de son véhicule[305].

Synthèse des modalités et conditions du contrôle – L'application de la loi du 10 avril 1990 impose les conditions cumulatives suivantes pour pouvoir effectuer des contrôles de sortie des travailleurs :

a. le contrôle des biens personnels du travailleur ne peut être réalisé que par des personnes qui sont dûment habilitées et qui exercent des activités de gardiennage au sens de la loi du 10 avril 1990[306]. Ainsi que le relève H. Deckers, « cela suppose, soit que l'employeur ait recours aux services d'une entreprise de gardiennage, soit qu'il organise au sein de son entreprise un service interne de gardiennage »[307] ;
b. le travailleur doit avoir été averti au plus tard en pénétrant dans le lieu que des contrôles peuvent être effectués à la sortie[308] ;
c. le contrôle ne peut être réalisé que si les personnes concernées se soumettent volontairement à celui-ci ;
d. le consentement individuel du travailleur est requis :
   - lorsque le contrôle est effectué parce qu'il existe des motifs valables de croire que le travailleur a dérobé des biens à l'endroit qu'il quitte,

303 C.C.T. n° 89, art. 10, al. 2.

304 Loi du 10 avril 1990, art. 8, § 6*quater*, al. 3, c).

305 Loi du 10 avril 1990, art. 8, § 6*quater*, al. 3, a) et e).

306 Loi du 10 avril 1990, art. 8, § 6*quater*, al. 3, a), qui renvoie à l'art. 8, § 6*ter*, al. 3, a), qui renvoie lui-même à l'art. 8, § 6*bis*, a) ; C.C.T. n° 89, art. 6, § 2.

307 H. Deckers, *Le licenciement pour motif grave*, *op. cit.*, p. 110.

308 Loi du 10 avril 1990, art. 8, § 6*quater*, al. 3, a), qui renvoie à l'art. 8, § 6*ter*, al. 3, c).

et ce, sur la base de son comportement, d'indices matériels ou des circonstances[309] ;

- pour le contrôle par échantillonnage, lorsque la C.C.T. n'est pas applicable au travailleur concerné.

À cet égard, H. Deckers fait observer, à juste titre, que, d'une part, «l'on vise sans doute les employeurs qui ne relèvent pas de l'application de la loi du 5 décembre 1968» et que, d'autre part, «le consentement du travailleur à la fouille devra être donné de manière individuelle, ce qui signifie que l'employeur ne pourrait se contenter d'un accord présumé figurant dans un règlement de travail ou une convention collective de travail»[310]. On pense, bien entendu, à l'insertion d'une clause spécifique dans le contrat de travail ou à un avenant au contrat de travail. Ceci étant, il ne ressort pas du texte légal que l'accord du travailleur concerné devrait être constaté par écrit ou ressortir d'un écrit. L'accord pourrait dès lors, en théorie, être verbal ou même tacite, résultant, par exemple, du comportement de l'intéressé. Se posera toutefois, pour l'employeur, la question de la preuve de l'obtention préalable du consentement du travailleur, en cas de contestation par lui des constatations effectuées lors du contrôle de sortie.

À défaut du consentement du travailleur, l'employeur devra impérativement faire appel à la force publique pour s'assurer de la régularité de la fouille[311] ;

e. le contrôle dont il est question consiste exclusivement dans le contrôle des biens présentés volontairement par l'intéressé, qu'il porte sur lui ou dans son bagage à main et/ou qui se trouvent à l'intérieur de son véhicule ou d'un véhicule qu'il utilise[312].

Lorsque la C.C.T. est d'application, le contrôle de sortie doit être effectué conformément aux conditions relatives à l'information et au consentement prévues par les articles 7 et 8 de la C.C.T. n° 89[313]. L'application de la C.C.T. va de pair avec un certain allégement des conditions de contrôle, puisque, d'une

309 Loi du 10 avril 1990, art. 8, § 6*quater*, al. 3, b); C.C.T. n° 89, art. 8, § 1er.

310 H. Deckers, *Le licenciement pour motif grave*, *op. cit.*, p. 111. Voy. également M. Lauvaux, V. Simon et D. Stas de Richelle, *Criminalité au travail. Détecter et contrôler les comportements frauduleux – Sanctions et responsabilité du travailleur*, *op. cit.*, p. 58: « Cette hypothèse vise, selon nous, les services publics et tout lieu de travail qui n'est pas soumis à la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires».

311 E. Carlier et G. Albert, «L'instauration d'un plan de sécurité dans l'entreprise et le droit au respect de la vie privée», *op. cit.*, p. 203. Voy. également, en ce qui concerne l'importance du consentement de la personne concernée, Corr. Louvain, 15 septembre 1997, *T.G.R.*, 1998, p. 33; C. trav. Mons (1re ch.), 19 septembre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 198.

312 Loi du 10 avril 1990, art. 8, § 6*quater*, al. 3, e), de la loi du 10 avril 1990; C.C.T. n° 89, art. 6, § 4.

313 Loi du 10 avril 1990, art. 8, § 6*quater*, al. 3, c).

part, elle permet, dans certaines circonstances, la mise en place de contrôles systématiques par le biais de systèmes de détection électroniques et/ou techniques et, d'autre part, le consentement individuel des travailleurs n'est pas requis pour le contrôle par échantillonnage s'il satisfait aux conditions de l'article 8, § 2, de la C.C.T. n° 89.

Par ailleurs, le contrôle de sortie peut uniquement être effectué par l'agent de gardiennage sur des biens pertinents au regard de l'objectif légal, à savoir la prévention ou la constatation de vol de biens dans l'entreprise ou sur le lieu de travail[314] ; c'est une nouvelle affirmation du principe de finalité.

Enfin, il est fait obligation de communiquer par écrit à l'employeur les constatations qui ont été recueillies conformément aux procédures de prévention et de contrôle en matière de vols établies par la C.C.T. n° 89 et qui peuvent être utilisées contre le travailleur, ce dernier devant pourvoir en recevoir une copie[315]. À cet égard, il est précisé, à titre de commentaire de la C.C.T. n° 89, que les constatations opérées par l'agent de gardiennage conformément à cette C.C.T. ainsi que leurs conséquences éventuelles à l'égard du travailleur doivent se réaliser avec la discrétion nécessaire[316]. Sur cette base, E. Piret laisse entendre, d'une part, que «l'obligation de communication à l'adresse du travailleur pèse sur l'employeur» et, d'autre part, que «la communication en copie aux travailleurs des constatations opérées par les agents de gardiennage doit s'accompagner d'un commentaire de la part de l'employeur»[317].

Si l'on admet ces conséquences, l'employeur qui communique de telles constatations à son travailleur devra impérativement avoir égard, au même moment, au prescrit de l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978, singulièrement en ce qui concerne les formalités de notification du congé et des motifs graves, du moins s'il entend tirer argument des constatations révélées par le contrôle de sortie du travailleur pour décider son licenciement pour motif grave.

b. Les contrôles autres que ceux envisagés dans la loi du 10 juillet 1990

Comme nous l'avions souligné au point 2., a), *supra*, l'exigence de légalité découlant de l'article 22 de la Constitution pourrait faire obstacle à toute fouille qui ne serait pas autorisée par une loi au sens formel du terme.

La loi du 10 juillet 1990 ne concerne que des fouilles bien délimitées et est étrangère à la fouille du bureau d'un travailleur, de son casier ou de ses

314 C.C.T. n° 89, art. 6, § 5.

315 C.C.T. n° 89, art. 10, al. 1 et 3.

316 Commentaire de l'article 10 de la C.C.T. n° 89.

317 E. Piret, *Obligations des parties à la relation de travail*, *op. cit.*, p. 209.

affaires personnelles dans les locaux de l'entreprise, dans la mesure où il y aurait effectivement violation de la vie privée du travailleur.

On peut donc se demander si toutes ces fouilles ne seraient pas illégales, dès lors qu'elles ne reposeraient pas sur des lois spécifiques (au contraire, par exemple, d'une fouille intervenant dans le cadre d'une perquisition).

On pourrait douter, au regard des conditions très strictes qui sont posées par la loi du 10 juillet 1990 et par la C.C.T. n° 89, que la loi du 3 juillet 1978 suffise à autoriser de telles ingérences.

Il convient toutefois de noter qu'une jurisprudence s'était développée antérieurement à l'adoption de la C.C.T. n° 89. La jurisprudence avait dégagé des principes, aux termes desquels la fouille pouvait s'avérer régulière moyennant le consentement du travailleur, voire la simple mention d'une telle possibilité de contrôle dans le règlement de travail[318].

Nous épinglons les quelques décisions suivantes à cet égard :

- la cour du travail de Liège[319] a ainsi constaté que « si la fouille d'un travailleur ou des biens de ce travailleur est considérée comme légitime dans certaines situations (*cf.* Fr. LAGASSE, « La vie privée et le droit du travail », *Chron. D.S.*, 1997, pp. 417 et s., spéc. p. 427 ; Fr. LAGASSE et M. MILDE, « Protection de la personne et vie privée du travailleur : investigation et contrôle sur les lieux de travail », *Orientations*, 1992, pp. 149 et s., spéc. p. 154, point 5), comme notamment pour vérifier qu'un vol n'est pas commis, il n'empêche que cette mesure constitue une atteinte inadmissible à la vie privée lorsqu'elle est effectuée sans l'accord de l'intéressé (accord qui peut résulter d'une disposition du règlement de travail) et au surplus, en son absence par une personne qui n'est pas dûment habilitée à ce faire ».

  Elle précisait qu'« en l'absence de règlement de travail envisageant la fouille des biens du membre du personnel, les employées qui avaient des soupçons auraient dû soit obtenir l'accord de l'intimée pour procéder à la fouille en sa présence, soit faire appel à la force publique pour éviter toute contestation quant à la régularité de la fouille ; qu'en s'investissant de pouvoirs dont elles ne disposaient pas, les employées et plus particulièrement M^me^ V. ont outrepassé leurs droits, empêchant par là de reconnaître toute validité aux constatations effectuées » ;

[318] Pour une critique de la jurisprudence, voy. O. MORENO et S. VAN KOEKENBEEK, « Les mutations de la vie privée au travail », *Orientations*, 2005, n° 35, p. 17.

[319] C. trav. Liège, 21 mai 2001, R.G. n° 28 039/99, www.cass.be.

- dans une décision du 8 février 2002[320], le tribunal du travail de Nivelles a également considéré que la fouille d'un vestiaire personnel d'une employée, sans son consentement, constituait une violation de sa vie privée, dès lors que la travailleuse bénéficiait de la protection de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il a indiqué aussi que l'aveu de l'employée, intervenu après la fouille irrégulière, portait atteinte à la vie privée et ne pouvait dès lors être admis ;
- dans un arrêt du 5 octobre 2004, la cour du travail de Bruxelles[321] a estimé que la fouille d'un vestiaire d'une employée, qui était fermé au moyen d'une clé dont seule la travailleuse disposait, constituait une atteinte à la vie privée puisque l'autorisation de l'employeur indiquait de manière certaine que la travailleuse pouvait faire un usage privatif et protégé de cet endroit. La cour a dès lors estimé que si l'exercice par l'employeur de son pouvoir d'autorité et de contrôle peut constituer un but légitime, la fouille de ce vestiaire en dehors de la présence de la travailleuse représente par contre une atteinte à sa vie privée. La cour épingle également l'absence d'information concernant la possibilité d'une fouille ;
- la cour du travail de Mons[322] a considéré qu'en donnant son consentement tacite aux demandes de fouille d'un gardien, la travailleuse a levé toute irrégularité éventuelle commise par celui-ci du fait du non-respect de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière. Ces irrégularités auraient résulté de ce que ladite loi n'autorise ni l'interpellation de personnes, ni le contrôle du contenu de leur sac, ni leur interrogatoire et de ce que l'article 8, § 6, de la loi n'autorise le contrôle des vêtements et bagages « qu'à l'entrée dans un lieu gardé ». Cette décision est toutefois antérieure à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de la loi du 10 juillet 1990 et de la C.C.T. n° 89. À noter encore que la cour fonde son raisonnement sur un arrêt de la Cour de cassation. Elle relève qu'« En matière de droit de fouille, la Cour de cassation a rendu un arrêt extrêmement intéressant le 19 mars 2002 dans lequel elle a relevé que : « dès lors que la fouille visée à l'article 28 de la loi du 8 août 1992[323] sur la fonction de police est la recherche sensorielle dans, sur ou sous les vêtements d'une personne présente ou le contrôle des bagages de cette personne, l'examen de la nature, de la composition ou du contenu d'un objet remis volontairement au fonctionnaire de police compétent lors d'une intervention de police ne constitue pas une fouille au sens de la

[320] Trib. trav. Nivelles (1re ch.), 8 février 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 181. Cette décision a été confirmée par C. trav. Bruxelles, 5 octobre 2004, R.G. n° 42 977, www.cass.be.

[321] C. trav. Bruxelles, 5 octobre 2004, R.G. n° 42 977, www.cass.be.

[322] C. trav. Mons (1re ch.), 19 septembre 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 197.

[323] Il convient de lire la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police.

loi» (www.cass.be)» et en déduit que «ce qui vaut en matière de police vaut *a fortiori* dans le domaine des relations privées».

F. Les audits internes

Le rapport d'audit en tant que preuve – Il est admis que l'employeur peut légitimement et valablement produire les constatations d'un audit interne en vue de justifier les faits qui, selon lui, sont constitutifs d'un motif grave, dès lors que cet audit interne a été mené dans le respect du droit à la vie privée et dans le respect, le cas échéant, des règles professionnelles applicables à l'auditeur.

Ainsi, «une enquête menée par des auditeurs de banque interne n'est pas un moyen illégal pour mettre en lumière certaines situations intolérables qui justifient un congé pour motif grave, pour autant que l'enquête ne porte pas atteinte au respect du droit de la vie privée des membres du personnel et pour autant qu'elle ne viole pas le secret bancaire. Le fait que, lors de l'audition, des questions ont été posées aux membres du personnel concernant leurs relations et comportements réciproques dans leur vie privée, est considéré comme une violation de la vie privée. Le fait que les auditeurs internes ont enquêté sans le consentement exprès sur le compte bancaire d'un certain nombre de membres du personnel afin de vérifier qui était concerné par des pratiques malhonnêtes, constitue une violation du secret bancaire»[324].

La valeur probante des audits – La question de la valeur probante des audits internes comme externes peut d'ailleurs être discutée, à l'instar de ce qui a été dit pour les témoins ou pour les détectives privés. En effet, il nous semble, par exemple, qu'une analogie peut être faite entre la situation d'un détective privé, qui est rémunéré par l'employeur, et celle d'un auditeur interne, comme externe d'ailleurs, qui est également rémunéré par l'employeur, voire qui serait son employé. À l'exemple de ce qui a été dit concernant les salariés qui témoignent ou concernant les rapports des détectives privés, on peut légitimement s'interroger sur la fiabilité qu'il convient de donner aux constatations des auditeurs internes et sur leur indépendance, eu égard à l'intérêt de l'employeur de rapporter la preuve du motif grave. On ajoutera à cela que l'auditeur – fût-il préposé de l'employeur ou tiers – n'est pas le plus souvent astreint aux mêmes conditions que celles pesant sur le détective privé. L'audit n'aura donc d'autre force probante que celle que le juge voudra lui donner au titre de présomption.

Ceci étant dit, dès lors que la charge de la preuve pèse principalement sur l'employeur et qu'il peut rapporter la preuve par toutes voies de droit, il convient d'admettre que celui-ci puisse faire état des constatations issues des

[324] C. trav. Anvers, 23 février 1995, *R.W.*, 1996-1997, pp. 94-97, note de P. HUMBLET.

audits internes[325]. Tantôt ces constatations auront été à l'origine de la découverte des faits considérés par l'employeur comme étant constitutifs du motif grave, tantôt celles-ci pourront contribuer, le cas échéant *a posteriori*, à rapporter la preuve des faits constitutifs du motif grave notifié au travailleur licencié. Toutefois, on rappellera que l'on ne peut autoriser l'employeur à se constituer lui-même ses propres preuves... Ainsi, la juridiction saisie du litige pourrait décider d'écarter ce mode de preuve, dès lors qu'elle retiendrait uniquement le caractère unilatéral des rapports d'audit que l'employeur produit pour rapporter la preuve du motif grave et la lecture, elle aussi, unilatérale qu'en donnent l'employeur ou ses mandataires, lecture qui, par la force des choses, serait contestée par le travailleur licencié.

Bien qu'il s'agisse de documents internes et de contrôle propres à l'employeur, voire établis par des employés occupés par l'employeur, ces documents pourraient toutefois avoir un contenu précis et concordant, avoir été élaborés *in tempore non supecto*, le cas échéant avoir été confirmés par un service externe à l'employeur (par exemple, un réviseur d'entreprise) qui lui-même répond à des obligations légales d'une profession réglementée, à des règles de contrôle, tant internes qu'externes, voire à une déontologie professionnelle. Il serait dès lors légitime, pour l'employeur, de les produire pour satisfaire à son obligation de rapporter la preuve du motif grave.

Quelques critères d'appréciation – Il nous semble donc que l'audit ne doit pas s'analyser différemment de l'attestation d'une personne faisant état d'un fait. Juridiquement, il s'agit d'une présomption. La valeur probante dépendra, selon nous, des éléments suivants :

- l'audit est-il interne ou externe ? Dans les deux cas, l'auditeur est peut-être rémunéré par celui qui entend se constituer la preuve, mais l'auditeur externe n'intervient pas dans le cadre d'un lien de subordination ;
- l'audit est-il réalisé par un tiers ? Celui-ci est-il rémunéré ? L'auditeur a-t-il un intérêt direct au litige ? On peut imaginer des rapports provenant de clients, de fournisseurs... *A priori*, ces rapports peuvent moins être considérés comme émanant directement de l'employeur ;
- l'audit est-il réalisé par une personne dont la profession implique un certain contrôle ? Il est évident qu'un audit réalisé par un réviseur d'entreprise aura plus de poids que l'attestation d'un collègue ;
- l'audit est-il réalisé par une personne ayant une mission légale ? On pourrait imaginer un rapport circonstancié d'un conseiller en prévention. Cela en renforcerait la valeur probante ;

[325] Voy., pour un exemple, C. trav. Mons, 20 septembre 2005, R.G. n° 16 149, www.cass.be.

– le rapport d'audit fait-il référence à d'autres éléments probants (pièces, auditions…) ou, au contraire, ne repose-t-il que sur la déclaration de son auteur ?

À cet égard, le travailleur qui entendrait contester la valeur probante de telles constatations devrait, à tout le moins, s'expliquer sur les faits avancés[326], dans le cadre de la contribution à l'administration de la preuve.

Dans certains cas, afin d'étayer les constatations issues du rapport d'audit, l'employeur pourrait être avisé de recourir à l'expertise judiciaire, supportant dans le même temps le risque que l'expertise contredise les constatations à l'origine de sa décision de licencier le travailleur pour motif grave.

326 Voy., par exemple, C. trav. Mons, 13 septembre 2005, R.G. n° 18 726, www.cass.be. Il ressort de cet arrêt que l'appelant au principal, M. S. Z., « relève (…) que la majeure partie des faits qui lui sont reprochés résultent du rapport d'audit réalisé par la société Fiat France, société sœur de la S.A. I.V.C. Hainaut, rapport unilatéral qui peut être taxé de partialité ». D'une part, en ce qui concerne le délai de notification du congé, la cour observe qu'« En l'espèce, la S.A. I.V.C. Hainaut a adressé à M. S. Z. par pli recommandé du 22 octobre 1999 la copie d'un rapport d'audit mentionnant de façon précise différents faits susceptibles d'être considérés comme fautes graves à défaut pour l'intéressé d'apporter des justifications satisfaisantes. M. S. Z. n'apporte pas la preuve de ce qu'il aurait pris connaissance tardivement de cet envoi et a d'ailleurs présenté des versions successives non concordantes à cet égard.
(…)
Le premier juge considéra à juste titre que c'est en constatant le 8 novembre 1999 qu'elle n'avait pas reçu, de la part de M. S. Z., les justifications exigées pour cette ultime date, que la S.A. I.V.C. Hainaut a eu une certitude suffisante de la gravité des faits reprochés à l'intéressé ».
D'autre part, en ce qui concerne l'existence de motifs graves de rupture, la cour relève :
« 2. Le rapport de l'audit interne fait mention de sept versements sans justificatif du compte de la société sur le compte personnel de M. S. Z. Lors de l'entretien du 27 octobre 1999, celui-ci apposa sur l'annexe au rapport des mentions manuscrites pour justifier trois de ces versements.
Aucune explication ne put être fournie concernant les sommes de 42 135 francs, 49 333 francs, 32 993 francs et 43 760 francs, soit un total de 4 170,09 euros (168 221 francs).
Par conclusions prises devant le premier juge le 17 octobre 2002, soit près de trois ans après son licenciement, M. S. Z. faisait valoir que : « (…) rien n'indique dans le rapport d'audit interne que les virements aient été effectués vers le compte du concluant. Le rapport indique seulement qu'il s'agit de virements sans justification mais on n'en connaît pas le ou les destinataires et aucune preuve n'est apportée à ce sujet par la défenderesse ».
La S.A. I.V.C. Hainaut a produit aux débats la preuve du versement des quatre sommes susmentionnées sur le compte personnel de M. S. Z.
Dans sa requête d'appel, M. S. Z. expose que les versements constituent des remboursements de frais de restaurant, pour lesquels il remettait les notes à la secrétaire ou au comptable de la société et se remboursait ensuite puisqu'il avait payé de sa poche chez le restaurateur. En termes de conclusions d'appel, il en revient à la thèse défendue devant le premier juge, selon laquelle la S.A. I.V.C. Hainaut n'établit pas que les versements ont été effectués sur son compte.
Après avoir présenté ces versions successives non cohérentes, force est de constater que M. S. Z. reste toujours en défaut actuellement de donner une justification sérieuse et précise de ces quatre versements sur son compte personnel ».

Chapitre 3
Licéité de la preuve

Section 1
Le renversement des principes en matière de recevabilité

Jurisprudence de la Cour de cassation – La règle de base antérieurement admise était, en matière civile, le principe de l'exclusion des preuves illégales et irrégulières[327]. Ce principe est toutefois remis en cause par la jurisprudence dite *Antigone* de la Cour de cassation.

La Cour de cassation a, en effet, progressivement assoupli sa jurisprudence s'agissant de l'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[328].

Dans son arrêt *Antigone* du 14 octobre 2003[329], 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.

La Cour va un peu plus loin dans son arrêt du 23 mars 2004[330], à l'occasion duquel elle reformule le principe dégagé dans l'arrêt *Antigone*, en indiquant cette fois que le juge ne peut écarter une preuve recueillie illicitement *que* dans ces trois hypothèses. 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

327 Fr. Kuty, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *J.T.*, 2005, p. 349.
328 Cass., 17 janvier 1990, R.G. n° 7831, www.cass.be. En ce sens, voy. Cass., 17 avril 1991, *Rev. dr. pén.*, 1992, p. 94 ; Cass., 30 mai 1995, *Pas.*, 1995, p. 566.
329 Cass. (2e ch.), 14 octobre 2003, R.G. n° P.03.0762.N, concl. Av. gén. De Swaef, www.cass.be.
330 Cass. (2e ch.), 23 mars 2004, R.G. n° P.04.0012.N, www.cass.be.

l'illicéité a été commise »[331]. 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.

La plupart des décisions de la Cour de cassation rendues entre 2004 et 2010 vont dans le même sens que cet arrêt du 23 mars 2004[332]. Ainsi, dans un arrêt du 12 octobre 2005[333], 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 quelconque » 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 gravité de celle-ci est sans commune mesure avec l'irrégularité ayant précédé ou accompagné sa constatation »[334]. 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[335].

Durant la même période, ont toutefois été rendues plusieurs décisions – tant par la section française que par la section 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[336] relatifs à des perquisitions irrégulières, la Cour énonce-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 »[337].

Dans l'arrêt dit *Manon* du 2 mars 2005 – le premier rendu par la section française de la 2e 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 »[338]. 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. Dans le même sens, un arrêt du 31 octobre 2006 de la Cour de cassation[339] 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*.

331 *Ibid.*

332 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° P05.1106/N/1, www.cass.be) et du 21 novembre 2006 (Cass. (2e ch.), 21 novembre 2006, R.G. n° P.06.0806.N/3, www.cass.be).

333 Cass., 12 octobre 2005, R.G. n° P050119F, www.cass.be.

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

335 Cass. (2e ch.), 23 mars 2010, R.G. n° P.10.0474.N/5, www.cass.be.

336 Cass. (2e ch.), 16 novembre 2004, R.G. n° P.04.0644.N/1, www.cass.be ; Cass. (2e ch.), 16 novembre 2004, R.G. n° P.04.1127.N/1, www.cass.be.

337 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, www.cass.be.

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

339 Cass. (2e ch.), 31 octobre 2006, R.G. n° P.06.1016.N/1, www.cass.be.

Arrêt *Lee Davies* de la C.E.D.H. – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne semble pas s'opposer à une telle lecture[340]. Ainsi, dans un arrêt du 28 juillet 2009, la juridiction strasbourgeoise a eu l'occasion de se prononcer sur la validité, au regard de l'article 6 de la C.E.D.H., de la jurisprudence *Antigone* de la Cour de cassation[341]. La Cour rappelle, tout d'abord, que ledit article 6 ne réglemente pas l'admissibilité des preuves en tant que telle, de sorte que cette matière doit être réglée par le droit interne et qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur le principe de l'admissibilité des preuves recueillies illégalement. En revanche, il lui revient d'examiner si la procédure a été équitable, et ce, dans son ensemble. 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. Les enseignements de cet arrêt viennent confirmer le principe invoqué par la Cour de cassation, selon laquelle l'article 6 de la C.E.D.H. n'implique pas qu'une preuve qui a été obtenue en méconnaissance d'un droit fondamental garanti par la Convention précitée ou par la Constitution n'est jamais admissible[342].

Arrêt de la Cour constitutionnelle du 22 décembre 2010 – 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, 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[343]. L'arrêt de la Cour se situe dans un litige pénal ayant trait à la régularité d'un contrôle d'identité, quant aux conséquences à donner en termes de recevabilité de la preuve en cas de non-respect de l'article 34, § 1er, alinéa 2, de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police[344].

Il était demandé à la Cour de se prononcer, par le biais d'une question préjudicielle, sur la question de savoir si l'interprétation issue de la jurisprudence *Antigone*, selon laquelle un contrôle d'identité qui ne satisfait pas aux conditions légales posées par ledit article 34, § 1er, alinéa 2, de la loi du 5 août 1992 ne conduit pas nécessairement à la nullité de la preuve obtenue, viole ou non les articles 12 et 22 de la Constitution.

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., cette dernière 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 d'interpréter l'article 22 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[345]. Elle conclut à l'absence de violation.

Dans le cadre d'une seconde question préjudicielle, la Cour constitutionnelle se prononce également, dans le même arrêt, sur l'existence d'une éventuelle violation des articles 10 et 11 de la Constitution résultant de l'application de la jurisprudence *Antigone*. Le prévenu identifiait, en effet, une inégalité de traitement dans le fait que la violation de l'article 34, § 1er, alinéa 2, de la loi du 5 août 1992 n'est pas, en application de la jurisprudence *Antigone*, sanctionnée par un écartement de la preuve en l'absence de prescription expressément prévue à peine de nullité, alors que la violation d'autres dispositions procédurales garantissant les mêmes droits fondamentaux que l'article 34, § 1er, alinéa 2, de la loi du 5 août 1992 conduit à un écartement de la preuve au motif qu'une sanction de nullité est expressément prévue les concernant[346]. Bien qu'ancrés en matière pénale, les enseignements de cet arrêt nous semblent transposables

340 K. Rosier, « La Cour européenne des droits de l'homme confrontée à la jurisprudence *Antigone* », *B.S.J.*, 2010, n° 423, p. 6.

341 Cour eur. D.H., 28 juillet 2009 (*Lee Davis c. Belgique*), www.echr.coe.int/echr. 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.

342 Cass., 16 novembre 2004, R.G. n° P.04.1127.N, www.cass.be.

343 C.C, 22 décembre 2010, n° 158/2010, www.cass.be.

344 L'article 34, § 1er, al. 2, de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police dispose que les fonctionnaires de police « peuvent contrôler l'identité de toute personne s'ils ont des motifs raisonnables de croire, en fonction de son comportement, d'indices matériels ou de circonstances de temps et de lieu, qu'elle est recherchée, qu'elle a tenté de commettre une infraction ou se prépare à la commettre, qu'elle pourrait troubler l'ordre public ou qu'elle l'a troublé ».

345 C.C., 22 décembre 2010, n° 158/2010, considérant B.7.

346 La question préjudicielle était ainsi formulée : « Y a-t-il une inégalité non autorisée entre l'article 34, § 1er, alinéa 2, de la loi sur la fonction de police, interprété en ce sens que la méconnaissance de celui-ci lors d'un contrôle d'identité illégal ne conduit pas nécessairement à la nullité de la preuve obtenue, et d'autres prescriptions procédurales énumérées [dans la décision de renvoi], dont la méconnaissance conduit effectivement à l'exclusion de la preuve obtenue illégalement, au seul motif que la loi sur la fonction de police ne prévoit aucune sanction de nullité, alors que celle-ci est expressément prévue dans les autres cas, et bien qu'il s'agisse, tant dans l'article 34, § 1er, alinéa 2, de la loi sur la fonction de police que dans les autres cas, de la garantie de droits fondamentaux, tels qu'ils sont mentionnés au titre II de la Constitution (violation des articles 10, 11, 12 et 22 de la Constitution et des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme) ? ».

BIBLIOTHEQUE DROIT - NAMUR

en matière civile. La Cour considère, tout d'abord, que « La différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi » et précise qu'« Il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées ». La Cour poursuit en indiquant que « le simple fait que le non-respect de la disposition en cause ne conduise pas automatiquement à la nullité de la preuve ainsi obtenue ne peut être considéré en soi comme une limitation disproportionnée des droits des personnes faisant l'objet d'un contrôle d'identité illégal ». En l'occurrence, il s'agissait du droit au respect de la vie privée et du droit à un procès équitable[347].

La Cour complète son raisonnement en soulignant le fait que le juge conserve, en toute hypothèse, la possibilité de ne pas prendre en compte la preuve obtenue « 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 Convention européenne des droits de l'homme »[348].

Application de la jurisprudence *Antigone* aux litiges civils – Si la jurisprudence *Antigone* de la Cour de cassation s'est rapidement imposée en matière pénale, son application aux litiges civils suscita le débat[349].

Dans un premier temps, les juges du fond ont estimé cette jurisprudence inapplicable en matière civile[350], nonobstant l'arrêt dit *Manon* du 2 mars 2005, rendu en matière pénale mais dans un contexte de relation de travail (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 de travail)[351].

347 C.C., 22 décembre 2010, n° 158/2010, considérant B.13.

348 *Ibid.*, considérant B.14.

349 Sur cette question, voy. Fr. 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, n° 8, pp. 197-208 ; 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.

350 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.hrtoday.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.

351 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.

Dans un arrêt du 10 mars 2008, la Cour de cassation semble étendre sa jurisprudence à la matière civile[352]. 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[353], 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[354].

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[355], 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[356]. 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 ». F. Kéfer y voit une prise de position 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 d'écartement des débats[357]. Ceci étant, on pourrait toutefois 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, 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. K. Van Kildonck,

352 Cass., 10 mars 2008, *Oriëntatie*, 2008, p. 172, note I. PLETS ; *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note R. DE BAERDEMAEKER.

353 Voy., en ce sens, C. trav. Liège, 22 janvier 2008, R.G. n° 7968/05 ; C. trav. Liège, 18 décembre 2008, R.G. n° 35 467/08 ; M. DELANGE, « Les 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.

354 D. MOUGENOT, « Humphrey Bogart au XXIe siècle : la preuve par production d'un rapport de détective privé », *op. cit.*, p. 246.

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

356 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).

357 F. KÉFER, « Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve », *R.C.J.B.*, 2009, p. 342.

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 3e 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[358]. Depuis lors, la section française de la Cour de cassation a rendu un arrêt en matière de sanction administrative mais qui, à nouveau, ne s'appuie pas clairement sur la jurisprudence *Antigone* pour estimer que le juge qui écarte des images vidéos recueillies sur internet ne justifie pas légalement sa décision[359].

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence *Antigone* semble se développer en droit social, après une réticence des juges du fond. Ainsi, dans un arrêt du 2 septembre 2008[360], la cour du travail d'Anvers avait à se prononcer sur la validité d'un contrôle opéré par le responsable du département I.C.T. de l'entreprise, qui avait révélé qu'un employé avait utilisé une connexion réservée au serveur mail de l'entreprise pour ses communications personnelles, et ce, vraisemblablement dans le but de se soustraire au système de contrôle de l'usage de l'internet et de l'e-mail mis en place par l'employeur. Au terme d'une analyse pointilleuse de la régularité du contrôle au regard du cadre réglementaire applicable, la cour a été confrontée à la question du respect de l'obligation d'informer le travailleur. Elle a cependant accepté de tenir compte des éléments de preuve produits et a indiqué que, à supposer même qu'il y ait eu une irrégularité dans la procédure d'information, celle-ci n'entacherait pas la fiabilité de la preuve ni ne priverait le travailleur d'un procès équitable, faisant ainsi application de la jurisprudence *Antigone*[361]. Depuis lors, on compte de plus en plus de décisions ayant considéré cette jurisprudence comme étant applicable dans des litiges civils[362] et, plus spécifiquement, dans des litiges civils relatifs à des licenciements[363].

358 K. VAN KILDONCK, « Privacy werknemers. Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk », *N.j.W.*, 2010, n° 218, p. 182.

359 K. ROSIER, « Le cybercontrôle des travailleurs contrôlé par le juge », *Orientations*, 2009, n° 413, pp. 22-26.

360 C. trav. Anvers (sect. Hasselt), 2 septembre 2008, *D.A.-O.R.*, 2010, liv. 95, p. 336, note VAN BEVER ; *Oriëntatie*, 2008, liv. 9, p. 261, reflet I. PLETS.

361 Cass. (1re ch.), 4 novembre 2010, R.G. n° C.10.0078.F/11, www.cass.be. Dans cet arrêt, la cour semble toutefois avoir considéré au premier chef qu'il n'était pas établi que la preuve était illicite, la circonstance que les images trouvées sur internet ne suffisaient pas pour conclure au caractère illicite de la preuve.

362 C. trav. Gand, 2 février 2009, R.G. nos 177 861 et 178 251, www.cass.be ; Mons (18e ch.), 10 décembre 2008, *R.G.C.F.*, 2009/54, p. 434.

363 C. trav. Bruxelles (2e ch.), 5 novembre 2009, R.G. n° 2009/AB/52 381, www.cass.be ; C. trav. Mons (8e ch.), 8 décembre 2010, inéd., R.G. n° 2009/AM/21 709 ; C. trav. Liège (9e ch.), 20 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1898 ; C. trav. Liège (sect. Namur, 13e ch.), 14 décembre 2010, R.G. n° 2009/AN/8833, www.cass.be.

On relève toutefois plusieurs décisions qui ne font pas application de la jurisprudence *Antigone*, soit qu'elles n'en font même pas état[364], soit qu'elles la considèrent comme inapplicable en matière civile[365].

Section 2
La recevabilité de la preuve à travers les critères dégagés par la Cour de cassation

Critères de l'arrêt *Antigone* : critères exclusifs pour l'écartement des preuves ? – Comme nous l'avons évoqué *supra*, l'arrêt *Antigone* affirmait le principe selon lequel une irrégularité commise dans l'obtention de la preuve n'appelait pas automatiquement l'écartement de celle-ci. Demeure la question de l'appréciation des conditions dans lesquelles un juge peut ou doit écarter une preuve recueillie illicitement.

Nous avons relevé une divergence entre certains arrêts sur le point de savoir si les trois hypothèses envisagées dans l'arrêt *Antigone* étaient les seules dans lesquelles le juge du fond devait ou pouvait écarter les preuves.

En effet, certains des arrêts de la Cour ne retiennent que les trois hypothèses de l'arrêt *Antigone* (le non-respect de certaines conditions de forme prescrites à peine de nullité, l'irrégularité entachant la crédibilité de la preuve et l'usage de cette preuve contraire au droit à un procès équitable) comme pouvant seules justifier l'écartement des preuves recueillies irrégulièrement[366]. D'autres décisions nous semblent permettre un écartement des preuves également hors de ces hypothèses[367]. Si l'on examine toutefois les circonstances susceptibles de justifier l'écartement des preuves dans l'ensemble des arrêts de la Cour rendus jusqu'à présent, force est de constater qu'elles sont du même ordre et se rattachent au respect du droit à un procès équitable[368]. En effet, les

364 C. trav. Liège, 15 décembre 2008, *R.R.D.*, 2008, p. 236, note D. MOUGENOT ; Trib. trav. Liège, 9 septembre 2008, R.G. n° 371 015, www.cass.be.

365 C. trav. Bruxelles, 5 novembre 2009, R.G. n° 2009/AB/52 381, www.cass.be.

366 Cass. (2e ch.), 23 mars 2004, R.G. n° P.04.0012.N, www.cass.be ; Cass., 12 octobre 2005, R.G. n° P.05.0119.F ; Cass. (2e ch.), 8 novembre 2005, R.G. n° P.05.1106.N/1, www.cass.be ; Cass. (2e ch.), 21 novembre 2006, R.G. n° P.06.0806.N/3, www.cass.be ; Cass. (2e ch.), 4 décembre 2007, R.G. n° P.07.1302.N/2, www.cass.be ; Cass. (3e ch.), 10 mars 2008, R.G. n° S.07.0073.N, www.cass.be ; Cass. (2e ch.), 23 mars 2010, R.G. n° P.10.0474.N/5, www.cass.be.

367 Cass. (2e ch.), 14 octobre 2003, R.G. n° P.03.0762.N, concl. Av. gén. DE SWAEF ; Cass. (2e ch.), 16 novembre 2004, R.G. n° P.04.0644.N/1, www.cass.be ; Cass. (2e ch.), 16 novembre 2004, R.G. n° P.04.1127.N/1, www.cass.be ; Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 211, concl. Av. gén. VANDERMEERSCH ; *J.L.M.B.*, 2005, p. 1086, note M.-A. BEERNAERT ; Cass. (2e ch.), 31 octobre 2006, R.G. n° P.06.1016.N/1, www.cass.be ; Cass. (2e ch.), 2 septembre 2009, R.G. n° P.09.0960.F/1, www.cass.be.

368 Voy. en ce sens, F. KÉFER, « Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve », *R.C.J.B.*, 2009, p. 343.

arrêts qui ne semblent pas limiter les cas de rejet de la preuve aux trois critères de l'arrêt *Antigone* identifient des circonstances pouvant justifier le rejet de preuve (le fait 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[369]) qui nous paraissent similaires à certaines des circonstances énoncées par des arrêts de la Cour restreignant les possibilités d'écartement aux critères *Antigone* (le fait que la gravité de l'infraction est sans commune mesure avec l'irrégularité ayant précédé ou accompagné sa constatation et l'absence d'incidence du manquement dénoncé sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée[370]).

À notre connaissance, il n'y a que peu de décisions au fond qui entendent apprécier le sort d'une preuve recueillie irrégulièrement sans recourir aux critères *Antigone*.

Dans un arrêt du 25 mai 2009 rendu en matière pénale et relatif à l'existence d'une infraction de dopage, la cour d'appel de Liège a conclu à l'irrecevabilité des poursuites, en se fondant sur la circonstance que les informations ayant permis au Parquet d'identifier le prévenu provenaient d'un médecin qui, par ses révélations, avait violé son obligation de secret professionnel[371]. La cour a considéré que le test *Antigone* ne trouvait pas à s'appliquer dans un tel cas dès lors que la Cour de cassation a estimé, par ailleurs, que la preuve recueillie grâce à la violation du secret professionnel est, en principe, sans valeur[372]. Elle justifie cette prise de position comme suit: «Il ne peut, dès lors, être question de faire application dans le cas d'espèce du «test *Antigoon*» pour admettre une preuve obtenue et transmise au mépris du respect du secret professionnel qui, rappelons-le, doit permettre à tout un chacun de pouvoir, sous le secret de la confidence, recourir en toute confiance aux services de certaines personnes dont l'intervention présente un caractère d'intérêt général (C. HENNAU et G. BOURDOUX, «Le secret médical et les nécessités de l'information et de l'instruction judiciaires pénales», *in Droit et médecine*, Formation permanente CUP-U.Lg., vol. 11, 1996, p. 107)». On notera toutefois que la cour se réfère, à titre subsidiaire, à l'application des critères *Antigone*, en estimant qu'en toute hypothèse, il y a eu commission intentionnelle de l'infraction de violation du secret professionnel et que le législateur considérait, à l'époque de la dénonciation, que la violation du secret professionnel était beaucoup plus grave que le *doping*[373].

369 Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 211, concl. Av. gén. VANDERMEERSCH; *J.L.M.B.*, 2005, p. 1086, note M.-A. BEERNAERT; Cass. (2e ch.), 31 octobre 2006, R.G. n° P.06.1016.N/1.

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

371 Liège (4e ch.), 29 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009/25, p. 1184.

372 Cass., 29 mai 1986, *Bull.*, 1986, n° 609.

Peut-on en déduire que toute irrégularité dans l'obtention de la preuve implique que son rejet ne soit évalué qu'au regard des critères *Antigone*? Il nous semble que tel n'est pas le cas.

Nous avons évoqué l'arrêt de la Cour de cassation du 10 novembre 2008[374] concernant la mise en possession d'une lettre missive. Nous épinglerons également une jurisprudence de la Cour de cassation aux termes de laquelle il a été retenu que des manquements à des exigences prévues par la loi réglementant l'obtention du moyen de preuve devaient conduire au rejet des preuves, sans qu'il soit nécessaire de se trouver dans l'un des trois critères de l'arrêt *Antigone*. Dans un arrêt du 26 novembre 2008[375], la Cour de cassation a estimé, dans le cadre d'un litige dans lequel était invoquée une violation des règles relatives à la vérification annuelle des analyseurs d'haleine, que «les circonstances que la formalité omise n'est pas prescrite à peine de nullité ou que l'irrégularité ne compromet ni la fiabilité de la démonstration ni le droit à un procès équitable, n'autorisent pas le juge à conférer une valeur probante légale à une preuve rapportée en violation des dispositions qui la règlent spécialement et en garantissent la qualité intrinsèque»[376]. Cette hypothèse peut toutefois être analysée comme ne portant pas tant sur une preuve recueillie illégalement que sur une preuve entachée de nullité en raison de la violation de dispositions dont le respect conditionne sa valeur probante en droit[377].

Nous nous proposons à présent d'examiner les trois critères *Antigone* pour évaluer leur pertinence et la portée qu'ils pourraient avoir dans le cadre du contentieux social.

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 se soit à l'occasion de la prise

373 La cour s'en référant au jugement rendu par le premier juge, qui parvenait à cette conclusion en comparant les peines maximales sanctionnant les deux infractions (Corr. Liège, 3 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1434).

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

375 Cass. (2e ch.), 26 novembre 2008, R.G. n° P.08.1293/3, concl. Av. gén. VANDERMEERSCH.

376 Voy., pour une solution identique, Cass. (2e ch.), 25 mai 2005, R.G. n° P.05.0672.F/3.

377 J. DE CODT, «Des précautions à prendre par la loi pour que le citoyen coupable ne soit frappé par elle», *J.T.*, 2008, p. 651.

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 peu probable. Pas plus que l'article 8 de la C.E.D.H. ou que l'article 22 de la Constitution, les réglementations particulières, telles les C.C.T. n^{os} 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 vrai 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 de la procédure devant la Cour constitutionnelle évoquée *supra*, la question d'une éventuelle discrimination avait été soulevée à cet égard[378]. 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 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»[379].

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 l'importance du droit concerné. Il peut dès lors paraître inapproprié de retenir ce critère pour exclure une preuve. La Cour constitutionnelle estime en tout cas, comme rappelé *supra*, 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, décider de ne pas prendre en compte la preuve obtenue – en méconnaissance de l'article 34, § 5, de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police relatif au contrôle d'identité par les fonctionnaires de police – si l'illicéité commise devait affecter la fiabilité de la preuve ou si l'utilisation de la preuve devait conduire à une violation du

378 C.C., 22 décembre 2010, n° 158/2010, www.cass.be.

379 *Ibid.*, considérant A.10.3.

droit de l'intéressé à un procès équitable, garanti par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme[380].

Pour en revenir à la question de la sanction, il est intéressant de relever que plusieurs arrêts de la Cour de cassation contiennent une motivation identique, aux termes de laquelle «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»[381]. De cette considération, il se déduit que la nullité ne doit pas forcément être prévue par la loi.

Deuxième critère: la fiabilité d'une preuve[382] – L'arrêt *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».

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. Ainsi, on pourrait se demander si le critère de fiabilité trouverait un terrain d'application privilégié dans le cadre des preuves issues des technologies de communications électroniques, qui sont perçues comme plus aisément manipulables et moins sûres.

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, qui permettrait au juge de considérer que la preuve n'est pas apte à emporter sa conviction, de l'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 qu'il est circonscrit, le critère de la fiabilité est lié non pas au support de la preuve (e-mail, 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[383], 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

380 *Ibid.*, considérant B.14.

381 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.

382 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», dans l'ouvrage: *Technologies de l'information et de la communication dans la relation de travail*, à paraître chez Anthemis en 2011.

383 N. Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, p. 33.

légale des procédés de preuve admis et hiérarchisés dans le cadre du système de preuve réglementé, tel que celui du droit civil[384].

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 d'un e-mail, c'est-à-dire tels qu'on pourrait les consulter dans une boîte mail, mais ils sont généralement matérialisés sous la forme d'une impression sur papier de l'e-mail. 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 e-mail. Nous épinglerons un arrêt du 10 mars 2008 de la cour d'appel de Gand, qui avait à se prononcer sur cette question[385]. 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 e-mails. Elle produisait des impressions papier d'e-mails. Le créancier, un consultant qui prestait 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 e-mails avaient effectivement été reçus par le consultant. La cour a estimé qu'en l'espèce, les impressions papier d'e-mails n'avaient aucune valeur probante.

Dans un tel cas, le juge constate l'absence de valeur probante de celui-ci pour former sa conviction sans avoir évaluer la question de la recevabilité de la preuve.

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*. Dans l'arrêt *Lee Davies* du 28 juillet 2009, la Cour européenne des droits de l'homme 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.

384 Voy., à cet égard, S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit social », *op. cit.*, pp. 244-245.

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

Au regard de cette jurisprudence, la question de la fiabilité de la preuve est immédiatement liée à celle du droit à un procès équitable. On pourrait penser à des procédés déloyaux qui ont pour conséquence de permettre une manipulation de la preuve ou encore d'induire un comportement ou des propos de manière orientée.[386]

Concernant la première hypothèse, nous relevons un arrêt de la cour du travail de Bruxelles du 5 novembre 2009[387], à laquelle avait été soumise par l'employeur la retranscription d'un enregistrement audio, effectué à l'insu d'un travailleur et tendant à prouver l'existence d'un refus dans le chef de ce dernier d'obtempérer et de restituer à l'employeur des objets lui appartenant. La cour fait siens les principes dégagés précédemment par la cour d'appel d'Anvers : « En matière civile et contractuelle, il a été jugé que la transcription d'un enregistrement d'une conversation intervenue entre parties est un mode de preuve qui doit être rejeté et ce, aux motifs que le recours à pareil procédé, à l'insu de l'interlocuteur, constitue une indélicatesse qui peut laisser supposer que la personne qui l'utilise est capable de fausser les règles de la bonne foi qui doit présider à l'exécution d'une convention et que les modalités de l'enregistrement n'apportent, en outre, aucune certitude que les propos reproduits sont le reflet de la réalité et que l'enregistrement a été intégral (cour d'appel Bruxelles, 16 décembre 1987, R.G. n° 84/1168) ». La cour du travail conclut au caractère peu fiable de la preuve et rejette la transcription de l'enregistrement sonore, la considérant comme étant une preuve irrégulière[388].

Concernant l'hypothèse d'une provocation, F. Kéfer relève plusieurs décisions qui ont conclu à l'absence de fiabilité de la preuve en raison du fait que celle-ci avait été obtenue suite à une provocation vis-à-vis de la personne à qui on l'opposait[389]. Il s'agit d'une appréciation au cas par cas.

À titre d'illustration de la problématique, nous épinglons à nouveau l'arrêt de la cour d'appel de Mons du 2 mars 2010, que nous avons déjà évoqué *supra* dans la section relative aux rapports des détectives privés comme mode de preuve[390]. 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'I.P.I. (Institut professionnel des agents immobiliers), soupçonnant une personne d'exercer la profession sans avoir l'agréation nécessaire, et ce, en

386 Voy. sur cette question B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in recht » *in Gerechtelijk recht*, Bruges, Die keure, 2010, pp. 48-50.

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

388 À noter toutefois que dans cet arrêt, la cour estime que la jurisprudence *Antigone* ne trouve pas à s'appliquer en matière civile.

389 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.

390 Mons (14e ch.), 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, n° 6393, p. 296, note D. MOUGENOT.

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'était la personne soupçonnée d'imposture qui répondait effectivement à ses diverses demandes d'information. La cour considéra que l'intervention du détective privé devait 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[391]. 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. 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[392].

On relèvera toutefois une décision qui, dans des circonstances comparables, tout en se situant sur la question 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[393] 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 a considéré 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

391 Il s'agit, à tout le moins, de l'information 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 (loi du 8 décembre 1992, art. 9, § 1er).

392 Sans se référer toutefois à la jurisprudence *Antigone*.

393 C. trav. Mons (2e ch.), 14 septembre 2009, inéd., R.G. n° 20 489.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par l'écartement de la preuve illégalement recueillie»[394].

On le voit, la question de la fiabilité n'est pas fondamentalement distincte de la préoccupation relative au respect du droit à un procès équitable, qui ne se limite pas, à notre sens, à la phase du procès, mais concerne également la manière dont les preuves sont recueillies[395]. 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.

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 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»[396].

Il est important de souligner que, tant au regard de la Cour européenne des droits de l'homme[397] qu'au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation[398], 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 constitue pas, en soi, un obstacle à sa prise en compte dans le cadre d'une procédure.

Au gré de ses arrêts, la Cour a dégagé des circonstances pouvant être prises en considération lors de cette appréciation. Dans son arrêt du 10 mars 2008[399], la Cour synthétise ces hypothèses en identifiant les circonstances suivantes :

– «le caractère purement formel de l'irrégularité ;

394 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 elles ont été produites 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.

395 Voy., en ce sens, J. De Codt, «Des précautions à prendre par la loi pour que le citoyen coupable ne soit frappé par elle», *op. cit.*, p. 652.

396 Cass. (2e ch.), 23 mars 2004, R.G. n° P.04.0012.N, www.cass.be.

397 Voy. Cour eur. D.H., 12 mai 2000 (*Khan c. Royaume-Uni*) ; Cour eur. D.H., 25 septembre 2001 (*P.G et J.H. c. Royaume-Uni*) ; Cour eur. D.H., 5 novembre 2002 (*Allan c. Royaume-Uni*) ; Cour eur. D.H., 1er mars 2007 (*Heglas c. République tchèque*) ; Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 mars 2009 (*Bykov c. Russie*).

398 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.

399 Cass., 10 mars 2008, *Orientations*, 2008, p. 172, note I. Pletz ; *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note R. De Baerdemaeker.

- sa conséquence sur le droit ou la liberté protégée 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».

Ces critères sont *a priori* fort ancrés dans le droit pénal[400]. Il n'y a pas de jurisprudence suffisante à ce jour, à notre connaissance, pour pouvoir dégager des tendances claires dans la manière dont les juridictions du travail entendraient traduire ces principes dans des litiges relatifs à la régularité du congé pour motif grave.

On peut toutefois constater que plusieurs décisions opèrent une balance des intérêts et des droits en présence. C'est ainsi que 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'appuie 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 peut faire obstacle à la recherche de la vérité[401]. En l'espèce, plusieurs irrégularités avaient été relevées dans la mission confiée à un détective privé chargé d'enquêter sur les habitudes d'un travailleur victime d'un accident du travail et, plus particulièrement, sur le fait qu'il utilisait ou non des béquilles pour se déplacer. Parmi les irrégularités relevées, le tribunal constate que la vidéo réalisée par le détective privé des déplacements du travailleur sur la voie publique visait à mettre en évidence des données relatives à la santé, ce qui est contraire à l'article 7, alinéa 3, de la loi du 19 juillet 1991. Le tribunal applique la jurisprudence *Antigone* et en retient que «l'admissibilité de l'élément de preuve recueilli de manière irrégulière apparaît devoir (...) s'apprécier au regard du principe de proportionnalité, lequel requiert une mise en balance des intérêts en jeu». Il estime que le recours au droit à la vie privée ne peut justifier que des faits mis en évidence par une vidéo – fût-elle recueillie irrégulièrement – ne puissent être soumis à l'appréciation des experts et du juge, alors qu'il est question de

400 En ce sens, voy. 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.*, p. 291.

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

perception indue de tout ou partie d'une indemnisation octroyée en matière d'accident du travail.

Dans un arrêt du 14 décembre 2010, la cour du travail de Liège (section de Namur) fait une transposition intéressante du même principe dans le cadre d'un litige portant sur la requalification d'un contrat de travail d'ouvrier en celui d'employé[402]. La cour, après avoir constaté que le travailleur s'était procuré divers documents produits à l'appui de sa demande de requalification lors d'un vol dans les locaux de son employeur, écarte ces éléments de preuve. Elle justifie cet écartement au terme d'une analyse de ce qu'implique le travail du juge dans le cadre de l'appréciation du droit au procès équitable. La cour retient qu'il convient de mettre en balance les intérêts en jeu et de porter une appréciation globale des conséquences de l'irrégularité. Elle estime qu'«un moyen de preuve invoqué par la partie qui a intentionnellement et donc en toute connaissance de cause commis un délit afin de se le procurer dans le but de s'en servir ensuite dans le cadre d'un litige civil doit être écarté des débats»[403].

Le principe dégagé par la cour résulte d'une pondération des intérêts en présence, indépendamment de l'existence d'une violation du droit au respect de la vie privée. C'est le fait de commettre intentionnellement un délit pour se procurer la preuve d'un comportement qui est stigmatisé. Le raisonnement soutenu doit, selon nous, être approuvé. Il ne semble toutefois pas avoir toujours été suivi, ne serait-ce que par la Cour de cassation. On rappellera que dans l'arrêt *Manon*, la Cour avait considéré que le simple fait que l'employeur n'ait pas respecté une obligation d'information préalable prévue par la C.C.T. n° 68 lors de l'installation d'une caméra, et ce, dans le but de confondre son employée qu'il soupçonnait de détourner une partie des recettes du magasin, n'entraînait pas l'écartement de la preuve. Le non-respect des dispositions d'une C.C.T. était toutefois susceptible d'être sanctionné pénalement[404].

La question des irrégularités intentionnellement commises, notamment en matière sociale, est pourtant cruciale. On peut craindre que la jurisprudence *Antigone* déforce les droits fondamentaux, en restreignant les conséquences qu'aurait, en pratique, leur violation[405]. Depuis quelques années, les litiges à l'occasion desquels la question de la recevabilité des preuves en cas de violation du droit à la vie privée du travailleur est débattue se sont multipliés autour du recours aux nouvelles technologies de contrôle, principalement la vidéosurveillance et l'utilisation de l'e-mail et de l'internet. Dans ces matières,

402 C. trav. Liège (sect. Namur), 14 décembre 2010, R.G. n° 2009/AN/8833, www.cass.be.

403 *Ibid.*, p. 9.

404 Loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail, art. 56.

405 Th. Léonard et K. Rosier, «La jurisprudence *Antigoon* face à la protection des données: salvatrice ou dangereuse?», *R.D.T.I.*, 2009, n° 36, p. 8.

des C.C.T. sont venues encadrer les contrôles des travailleurs[406] et la première, et souvent la seule, conséquence du non-respect des modalités de contrôle ainsi définies était l'écartement des preuves. On peut se demander si, au regard de la jurisprudence *Antigone*, tous les modes d'instauration des atteintes à la vie privée (impliquant notamment la publicité et la consultation des travailleurs) seraient accessoires et si leur non-respect n'entraînerait qu'une irrégularité « purement formelle »[407]. Au vu du principe, rappelé ci-avant, selon lequel la simple violation du droit au respect de la vie privée ne suffit pas à justifier un écartement des preuves, on laisse alors au juge le soin d'effectuer une pondération des intérêts au cas par cas et, éventuellement, sur la base du résultat des découvertes faites par l'employeur, qui aurait, le cas échéant, intentionnellement procédé à un contrôle sans respecter les conditions légales. Comment faut-il, en effet, appliquer le critère qui vise à examiner si l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction ?

Une application de cette pondération dans un litige relatif à la régularité d'un licenciement pour motif grave peut être trouvée dans un arrêt rendu par la cour du travail de Mons le 8 décembre 2010[408]. Le travailleur sollicitait l'écartement de copies d'e-mails produites par l'employeur à la suite d'un contrôle de tous les e-mails qu'il avait échangés via l'ordinateur mis à sa disposition par l'employeur, et ce, sur une période de plusieurs mois.

La cour constate que le contrôle du contenu des e-mails est irrégulier au regard du respect des exigences de transparence prévues dans la C.C.T. n° 81 et qu'en outre, le contrôle de certains e-mails est disproportionné. Après avoir constaté (1) que les dispositions non respectées ne sont pas sanctionnées de nullité, (2) qu'il n'est pas établi que l'employeur aurait manipulé certaines pièces, de sorte que la fiabilité des preuves n'est pas compromise, et (3) que le travailleur a pu faire valoir son point de vue lors de la procédure, de sorte qu'il n'y a pas de violation du droit à un procès équitable, la cour en vient à se prononcer sur la proportionnalité de l'illicéité commise par rapport à la gravité du motif grave. Elle énonce à cet égard 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 ». Il était question, en l'occurrence, de l'exercice d'une

406 C.C.T. n[os] 68 et 81.

407 Voy., à cet égard, 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.*, p. 291.

408 C. trav. Mons (8[e] ch.), 8 décembre 2010, inéd., R.G. n° 2009/AM/21 709.

activité professionnelle accessoire concurrente et de propos injurieux tenus à l'encontre de certains supérieurs hiérarchiques du travailleur. N'interviennent pas dans le raisonnement de la cour la question de savoir si c'est sur la base d'indices sérieux que le contrôle irrégulier a été mis en œuvre ni, *a fortiori*, la considération que le contrôle tel qu'il a été mis en œuvre constituait le seul moyen pour l'employeur de vérifier la réalité de soupçons éventuels. La portée de l'analyse de la proportionnalité est, semble-t-il, limitée aux fautes révélées à l'issue du contrôle.

Dans le cadre de la décision portant sur l'écartement de la preuve, le raisonnement tenu par la cour du travail de Mons nous paraît donc consacrer l'idée d'une pondération entre la gravité des fautes respectives du travailleur et de l'employeur *a posteriori*. Le problème posé par la violation par l'employeur de dispositions protectrices du droit au respect de la vie privée n'est toutefois par éludé, puisque la cour condamne, par ailleurs, l'employeur au paiement d'un montant de 1 500 euros pour avoir consulté tous les e-mails échangés par le travailleur sur une période de six mois, et ce, sur la base de l'article 1382 du Code civil et de l'article 16 de la loi du 3 juillet 1978, imposant un devoir de loyauté et de respect mutuel[409].

Il résulte de ce qui précède que, si l'on peut voir dans l'application de la jurisprudence *Antigone* un outil permettant au juge de prendre, en principe, en compte un élément fiable et probant nonobstant l'existence d'une irrégularité commise lors de l'obtention de celui-ci, il convient de constater qu'à l'heure actuelle, il reste encore une part d'imprévisibilité quant à la manière dont cette jurisprudence sera concrètement appliquée par les juridictions sociales et quant au résultat d'une éventuelle application du test *Antigone*.

Sort des autres preuves recueillies sur la base d'une preuve irrégulière – La jurisprudence considère majoritairement que les aveux obtenus à la suite de moyens de preuve illégaux doivent être considérés eux-mêmes comme illégaux[410]. Cette question subira sans doute les mêmes discussions que celles liées à la recevabilité de la preuve.

409 Pour d'autres cas dans lesquels une indemnité a été octroyée au travailleur, voy. Trib. trav. Liège (3[e] 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. Liège (sect. Namur), 11 janvier 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 488, note K. Rosier et S. Gilson.

410 Trib. trav. Liège (3[e] ch.), 19 mars 2008, R.G. n° 360 454, www.cass.be ; Trib. trav. Liège (3[e] 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 (2[e] ch.), 15 juin 2006, *J.T.*, 2006, p. 492 ; C. trav. Bruxelles, 3 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 262 ; Trib. trav. Bruxelles (3[e] 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 », *op. cit.* ; C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Computerr.*, 2005, p. 313 ; Trib. trav. Nivelles (1[re] ch.), 8 février 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 181 ; Trib. trav. Liège (3[e] ch.), 19 mars 2008, R.G. n° 360 454, www.cass.be.

Conclusion

Idem non esse aut non probari[411].

Jamais l'adage classique n'aura été plus d'actualité qu'en matière de congé pour motif grave.

Certes, le droit social permet une preuve par toutes voies de droit ; encore faut-il, néanmoins, que cette preuve soit certaine.

En conséquence, de nombreux modes de preuve apparaissent et se pose la question de leur licéité. C'est sans doute à ce sujet que se développent, à l'heure actuelle, les discussions les plus vives. La preuve en droit social est, en effet, un lieu de rencontre classique entre des droits antinomiques tels le droit de surveillance de l'employeur et le droit à la vie privée du travailleur. Certaines tentatives de conciliation de ces principes ont été faites, notamment par le biais de conventions collectives de travail. Elles visent à baliser l'ampleur du pouvoir de contrôle patronal et ses modalités. Traditionnellement, la seule possibilité de donner une effectivité à ces dispositions se trouvait dans le cadre de la recevabilité de la preuve.

Ces principes sont désormais bouleversés par les conséquences, encore fort incertaines, des arrêts de la Cour de cassation dits *Manon* et *Antigone*. Ceux-ci ravivent le débat sur la recevabilité de la preuve, en le déplaçant vers les critères nouveaux dégagés par la Cour, qui sont d'application malaisée en droit civil.

La recevabilité de la preuve devient donc un nouveau champ de bataille, se caractérisant, à l'heure actuelle, par de nombreuses incertitudes.

[411] Les droits sont comme s'ils n'existaient pas s'ils ne peuvent pas être prouvés.