

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La preuve en droit du travail

Rosier, Karen; Gilson, Steve

Published in:
Orientations

Publication date:
2007

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Rosier, K & Gilson, S 2007, 'La preuve en droit du travail', *Orientations*, numéro 4, pp. 2-17.

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.

La preuve en droit du travail

B. U. M. P.
NAMUR

Karen ROSIER

Avocat au Barreau de Namur
Assistante aux FUNDP – Chercheuse au Crid

Steve GILSON

Avocat au Barreau de Namur
Assistant à la Faculté de Droit de l'U.C.L.
Chargé de cours à l'ICHEC et au CPF

S'il est possible, en théorie, de considérer que l'existence d'un droit est un problème tout à fait distinct de sa preuve, en pratique un droit n'est rien sans la preuve de l'acte ou du fait dont il dérive (D. MOUGENOT, Les obligations : la preuve, tiré à part du Répertoire notarial, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 62). C'est d'ailleurs bien souvent l'impossibilité pour une partie de faire preuve des éléments qu'elle invoque qui va entraîner le rejet de son action. La présente contribution, dans le cadre restreint qui lui est imparti, a pour objet de synthétiser les règles principales relatives à la preuve en se concentrant principalement toutefois sur les questions et problèmes spécifiques au droit du travail.

Après avoir rappelé ce qui constitue l'objet de la preuve, nous nous pencherons sur la problématique de la charge de la preuve. Ensuite, nous nous intéresserons à l'administration de la preuve en examinant successivement le principe de collaboration des parties ainsi que le rôle du juge et la question de la licéité de la preuve et rappellerons le caractère contradictoire de celle-ci. Enfin, nous examinerons les différents modes de preuve dans leur application au droit social avant de présenter nos conclusions.

L'objet de la preuve

1. La distinction entre le fait et le droit

Il est de doctrine traditionnelle de considérer que le plaideur ne doit prouver que les faits auxquels la règle de droit invoquée attache ses effets juridiques, la règle elle-même ne devant pas être prouvée¹. Ce problème ne nous paraît pas tout à fait étranger, par ailleurs, à celui de la conception de la cause en droit judiciaire influencée par un important arrêt de la Cour de cassation du 15 avril 2005² : il appartient au juge de donner aux faits invoqués la qualification juridique la plus adéquate.

On notera incidemment que la qualification juridique des faits donnée par le travailleur va parfois apporter de lourdes conséquences en matière de preuve. Ainsi, en ce qui concerne le fondement de l'action, contractuel ou délictuel, on lira avec intérêt l'arrêt de la cour du travail de Mons du 27 février 2003³ qui relève que :

¹ N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 8.

² Sur cet arrêt voyez not. : G. DE LEVAL, « Un arrêt fondamental et attendu », obs. sous Cass., 14 avr. 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 856 ; J. VAN COMPERNOLLE, « La cause de la demande : une clarification décisive », obs. sous Cass., 14 avr. 2005, *J.T.*, 2005, p. 659 et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit » in *Actualités en droit judiciaire*, CUP, Larcier, 2005, pp. 187-197. Il est permis également de renvoyer sur cette question à la thèse de J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction – Iura dicitur Curia*, Bruxelles-Paris, Bruylant – L.G.D.J., 2004.

³ in www.cass.be.

- 1. la charge de la preuve incombe au demandeur « placé dans la même situation qu'en matière répressive où le prévenu n'a aucune preuve à fournir et où il appartient à la partie publique ou à la partie civile d'établir l'inexactitude des allégations du prévenu si celles-ci ne sont pas dénuées de tout élément de nature à leur donner crédit ». Comme le relève dès lors la cour du travail de Liège, « la charge de la preuve exigée du demandeur ayant opté pour l'article 26 susvisé est donc beaucoup plus exigeante que celle reposant sur l'article 15 de la loi du 3 juillet 1978 puisque, dans ce cas, il lui suffit d'introduire son action dans le délai y visé »⁴ ;
- 2. « apparaissent inapplicables en matière civile, s'agissant d'une action *ex delicto*, comme ils sont inapplicables en matière répressive, l'article 870 du Code judiciaire aux termes duquel chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue et l'article 1315 du Code civil, selon lequel, notamment, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait extinctif de l'obligation, disposition dont l'article 870 n'est que la généralisation » ;
- 3. « Les règles de la preuve en matière civile ne sont, en principe, pas applicables en matière répressive (Cass., 23 avr. 1982, Pos., 1982, I, 958). Selon l'enseignement répété de la Cour de cassation, en matière répressive, lorsque la loi n'établit pas un mode spécial de preuve, le juge apprécie en fait et, dès lors, souverainement la valeur pro-

⁴ C. trav. Liège (sect. Namur), 10 oct. 2006, inéd., R.G. n° 32079/2004.

bante des éléments de la cause que les parties ont librement contredits, pour autant qu'ils ne violent pas la foi due aux actes qui lui sont soumis (Cass., 15 sept. 1981, 5 janv. et 22 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, 78, 565 et 1234) ».

2. Les faits à prouver

Seuls les faits contestés doivent être prouvés, cette contestation pouvant résulter d'une simple dénégation de la partie adverse. Le Juge peut, sans violer les règles de la charge de la preuve, fonder sa conviction sur des allégations non contestées d'une partie¹, en retenant par exemple cette circonstance à titre de présomption dont il apprécie la force probante².

Par contre, des affirmations contestées ne peuvent jamais servir de preuves³ : alléguer n'est pas prouver. Ainsi, par exemple, lorsque l'employeur invoque une réorganisation, sans autre précision, il ne satisfait pas à ses obligations en matière de charge de la preuve du licenciement abusif des ouvriers⁴. De même, viole les règles de la preuve, l'arrêt qui conclurait à l'existence de griefs reprochés en se fondant sur des allégations de fait de l'employeur qui sont contestées par le travailleur⁵.

Normalement, le Juge ne peut, en l'absence de dénégation, vérifier la réalité des faits allégués devant lui⁶. Il faut toutefois noter que dans les matières qui touchent à l'ordre public -et le droit social en comprend un certain nombre, notamment toutes celles qui touchent à la sécurité sociale-, le Juge est susceptible de vérifier d'office ces faits. Nous en avons l'illustration dans le contentieux relatif à l'assujettissement ou au désassujettissement à la sécurité sociale des travailleurs salariés.

La charge de la preuve

1. Le principe : art. 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire

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.

Comme le relève la doctrine, « il est parfois malaisé de distinguer ce qui dans le chef du défendeur constitue l'allégation ou une exception (qu'il doit prouver) et ce qui n'est qu'une simple allégation, laquelle ne doit pas être prouvée par lui »⁷.

Quelques illustrations sont de nature à mieux faire comprendre le principe :

- Le travailleur qui prouve un contrat de travail peut réclamer la rémunération prévue. C'est à l'employeur, s'il se prétend libéré, d'apporter la preuve du paiement.
- Le travailleur qui réclame une indemnité compensatoire de préavis doit prouver le congé. Ainsi, par exemple, si l'employeur, assigné pour payer une indemnité de rupture, soutient que celle-ci n'est pas due puisque le travailleur a donné sa démission, ce n'est pas à l'employeur d'apporter la preuve de la démission mais au travailleur d'établir le licenciement qui est l'élément générateur de son droit⁸.
- Lorsqu'une action en justice est fondée sur une infraction pénale, il appartient au demandeur de prouver l'imputabilité de cette infraction au défendeur et l'inexistence des causes de justification alléguées par ce dernier, pour autant que ces allégations ne soient pas dépourvues de tout élément permettant de lui accorder du crédit⁹.
- La répartition des règles de la preuve induit, par exemple, que l'employeur qui licencie pour motif grave un travailleur apte au travail pour cause d'absence injustifiée a la charge de la preuve du motif grave alors qu'il appartient au travailleur d'apporter la preuve de son incapacité de travail lorsqu'il réclame la rémunération garantie¹⁰ puisqu'il lui appartient de prouver l'incapacité de travail qui justifie son droit au salaire hebdomadaire garanti. En cas de divergence entre le médecin traitant et le médecin contrôleur, la preuve de l'incapacité de travail n'est pas rapportée¹¹. Par contre, si l'employeur veut licencier pour motif grave pour absence injustifiée, il lui appartient de prouver celle-ci.
- L'employeur qui souhaiterait mettre en cause la responsabilité civile de son travailleur doit, outre la preuve des éléments de la responsabilité civile, prouver le dol, la faute lourde ou la faute légère

¹ Cass., 25 oct. 1979, *Pas.*, 1980, I, p. 265.

² D. MOUGENOT, *op.cit.*, p. 80 et références citées.

³ Cass., 3 mars 1978, *Pas.*, I, 1978, p. 759 ; Cass., 15 oct. 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 165.

⁴ Trib. trav. Charleroi, 12 mai 1986, *R.D.S.*, 1986, p. 503.

⁵ Cass., 14 nov. 1988, *J.T.T.*, 1989, p. 80.

⁶ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 19.

⁷ D. MOUGENOT, *op.cit.*, p. 90.

⁸ Cass. Fr. (ch.soc.), 19 avr. 1989, *Gazette du Palais*, 17 oct. 1989, n° 289 et 290, p. 18, note.

⁹ Cass., 5 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1220 ; Cass., 17 oct. 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 213.

¹⁰ C. trav. Liège, 25 mars 1993, *Chron. D.S.*, 1994, p. 351.

¹¹ Cass., 5 janv. 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 470 et *Chron. D.S.*, 1981, p. 63.

habituelle, et ce en vertu de l'immunité partielle de responsabilité civile prévue à l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978.

- En matière de licenciement abusif des employés, la charge de la preuve de la non-exécution de bonne foi des obligations contractuelles ou de la faute extra-contractuelle repose sur celui qui prétend en être la victime et donc, en l'espèce, l'employé qui doit prouver que l'employeur a commis un abus de droit en licenciant¹. Néanmoins, à partir du moment où l'employeur allègue, en réponse, un certain nombre d'éléments, c'est à lui d'en apporter la preuve².

Certaines dispositions de droit social précisent ce principe. Ainsi, l'article 35, alinéa 8 de la loi du 3 juillet 1978 dispose que la partie qui invoque le motif grave doit prouver la réalité du motif invoqué. Elle doit également fournir la preuve qu'elle a respecté le délai de congé de notification.

La preuve de l'existence du contrat de travail

La preuve de l'existence du contrat de travail mérite une attention toute particulière. Elle incombe, en principe, à celui qui l'invoque. La situation est classique dans le contentieux de la requalification d'office où l'O.N.S.S. a la charge de la preuve du contrat de travail sur la base de la requalification qu'il a opérée. Il en va de même si c'est le travailleur qui prétend que le contrat d'entreprise était en fait un contrat de travail.

Différentes tendances quant au pouvoir du Juge face à la qualification des parties ont émergé en jurisprudence. Elles posent la question de la place de l'autonomie de la volonté des parties quant à la qualification du contrat dans un contexte où cette qualification va avoir des conséquences pour des tiers, tel l'O.N.S.S., chargé d'appliquer des dispositions d'ordre public. Il n'entre pas dans notre exposé d'aborder ces questions³.

A l'heure actuelle, la Cour de cassation semble avoir adopté une démarche plus restrictive puisqu'elle souligne que « lorsque les parties ont qualifié leurs conventions, le Juge du fond ne peut y substituer une

qualification différente lorsque les éléments soumis à son appréciation ne permettent pas d'exclure la qualification qui avait été donnée par les parties »⁴.

Les conséquences de cette dernière tendance dans la jurisprudence de la Cour de cassation sont discutées. A notre sens, et quoiqu'on ait pu en dire, cette jurisprudence ne bouleverse en aucun cas les principes directeurs appliqués de longue date et confirme le fait que le Juge conserve la possibilité de requalifier la convention lorsque « les éléments soumis à son appréciation sont incompatibles avec la dénomination de celles-ci ». La Cour donne par contre un coup de barre en faveur d'une appréciation stricte de ces éléments qui viendraient contredire la qualification des parties. Pour certains, « il ne s'agit finalement que de l'application des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire avec une approche peut-être plus sévère de la preuve rapportée »⁵. Pour d'autres, il s'agit plus fondamentalement de la mort de la méthode indiciaire⁶. Ainsi, dans un intéressant arrêt du 21 avril 2004, la cour du travail de Liège⁷ relève que ces arrêts de la Cour de cassation « impliquent que la démarche usuelle qui consistait à rechercher des indices de subordination, pour, sur base de ceux-ci, qualifier la relation entre les parties de contrat de travail soit remplacée par la démarche inverse qui consiste à examiner si les différents éléments du vécu contractuel sont compatibles avec la qualification donnée par les parties à leur relation ».

En matière de désassujettissement d'office (hypothèse du faux salariat), la situation est plus délicate. En effet, lorsque l'O.N.S.S., qui est chargé de la perception de ces cotisations, considère qu'un travailleur n'est pas assujéti à ladite loi, le travailleur dispose d'une action contre lui afin de trancher la contestation relative au droit subjectif qu'il prétend y puiser⁸. Il est désormais admis en effet qu'un travailleur a qualité et intérêt pour agir contre l'O.N.S.S. devant les tribunaux du travail afin que cet organisme administratif lui reconnaisse son état de salarié et, partant, son droit subjectif à la sécuri-

¹ C. trav. Liège, 6 déc. 1978, *J.L.*, 1979, p. 329 ; C. trav. Liège, 20 oct. 1982, *R.D.S.*, 1982, p. 119 ; C. trav. Liège, 15 févr. 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1401 ; C. trav. Mons, 25 sept. 1997, *J.T.T.*, 1998, p. 315 ; C. trav. Liège, 20 déc. 1999, *Chron. D.S.*, 2001, p. 547.

² C. trav. Liège, 20 oct. 1982, *R.D.S.*, 1985, p. 140.

³ Pour une excellente synthèse, voyez J. CLESSE, « La notion générale de lien de subordination », *Le lien de subordination*, acte du colloque organisé du 19 mars 2004 à Tournai, Kluwer, Etudes pratiques de droit social, 2004, n° 18, pp. 7-38. La présente contribution a été rédigée antérieurement à la loi programme de décembre 2006 qui ne modifie pas fondamentalement les principes exposés, retenant la primauté de la qualification conventionnelle.

⁴ Cass., 8 déc. 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 122 ; Cass., 28 avr. 2003, *J.T.T.*, 2003, p. 271 ; Cass., 23 déc. 2002, *J.T.T.*, 2003, p. 261. Sur cette jurisprudence, voyez not. : M. DUMONT, « Conséquences de la perte d'indices révélateurs de la subordination juridique », in M. DUMONT (dir.), *Actualités de la sécurité sociale Evolution législative et jurisprudentielle*, C.U.P., Larcier, 2004, pp. 962 et s.

⁵ J. CLESSE, *op.cit.*, pp. 30 et 31.

⁶ M. DUMONT, *op.cit.*, p. 963.

⁷ C. trav. Liège, 21 avr. 2004, inéd., R.G. n°30.982/02.

⁸ Cass., 5 nov. 1990, *Pas.*, 1991, I, n° 124, p. 238 ; *J.T.*, 1991, p. 175 ; *J.T.T.*, 1991, p. 137 ; *R.D.S.*, 1990, p. 447 ; *Rev. Rég. de Droit*, 1991, p. 71. Voyez aussi : C. trav. Liège, 17 sept. 1997, *Chron. D.S.*, 1998, p. 179. Voyez également en ce sens : C. trav. Mons, 22 nov. 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 661 ; *Rev. Rég. de Droit*, 1990, p. 107 ; Trib. trav. Charleroi, 27 avr. 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1268 ; Trib. trav. Charleroi, 15 oct. 1987, *R.D.S.*, 1988, p. 152, note TRINE et *Rev. Rég. de Droit*, 1988, p. 78.

té sociale des travailleurs salariés¹, l'action pouvant s'introduire par requête en vertu de l'article 704 du Code judiciaire². C'est donc le travailleur qui agit judiciairement à l'encontre de l'O.N.S.S. pour obtenir la reconnaissance de son statut de travailleur salarié, mais, à notre sens, c'est l'O.N.S.S. qui a décidé du désassujettissement par un acte administratif qui doit apporter la preuve de l'absence de contrat de travail³.

L'imputation du risque de la preuve

Comme la doctrine le relève, 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 »⁴. Ainsi, en cas de congé pour motif grave, le doute quant à l'existence de la faute joue en faveur du travailleur⁵. Il en va de même en cas de doute sur les motifs invoqués par l'employeur dans le cadre de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 (par application toutefois, dans ce cas, d'un renversement de la charge de la preuve).

2. Les exceptions : renversement, partage du fardeau de la preuve et présomptions légales

a) Les renversements de la charge de la preuve

L'article 1315 du Code civil ne constitue que le droit commun de l'attribution des risques de la preuve. Il peut y être dérogé par une disposition légale spécifique⁶. Le droit social connaît de nombreuses hypothèses où, souvent pour assurer la protection de la partie la plus faible au contrat ou encore pour assurer le bon fonctionnement de la sécurité sociale, un renversement de la charge de la preuve est instauré, notamment dans les régimes de protection contre le licenciement⁷.

¹ Cass., 5 nov. 1990, *J.T.T.*, 1991, p. 337.

² La cour du travail de Liège a admis récemment (14 janv. 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 262 (somm.) qu'une telle demande contestant la décision prise par l'O.N.S.S. d'annuler les rémunérations déclarées en faveur d'un travailleur pouvait être introduite par requête, s'inscrivant en effet dans le champ d'application de l'article 580, 2° du Code judiciaire. En ce sens : D. HAUTIER « Qualification des actes de l'O.N.S.S. » *Le lien de subordination, op.cit.*, p. 133 citant : C. trav. Mons (6^e ch.), 20 sept. 1996, n° 12121.

³ C. trav. Anvers (4^e ch.), 16 déc. 2004, inéd., R.G. n° 2003-0685 ; C. trav. Mons, 7 févr. 2003, inéd., R.G. n° 16.390.

⁴ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 43.

⁵ C. trav. Bruxelles, 16 mars 1989, *R.D.S.*, 1989, p. 238.

⁶ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 99.

⁷ Pour une énumération, voyez : H. BUYSENS, *Het bewijs in sociale zaken – Arbeidsrecht*, Gand, Mys & Breesch, 1999, pp. 50-51.

L'article 63, alinéa 2 de la loi du 3 juillet 1978 constitue une excellente illustration de renversement de la charge de la preuve. En effet, en cas de contestation de la part de l'ouvrier, la charge de la preuve des motifs du licenciement invoqués incombe à l'employeur. Dès lors, en cas d'incertitude sur la réalité des faits invoqués pour justifier le congé (par exemple, si l'employeur n'établit pas que les faits sont liés à la conduite du travailleur⁸), le licenciement sera considéré comme étant abusif⁹. La portée de la charge de la preuve peut être plus étendue puisque si le travailleur estime que la véritable raison de son licenciement est à trouver ailleurs que dans le motif invoqué par l'employeur, certains estiment que l'employeur doit non seulement rapporter la preuve des faits qu'il allègue mais, qu'en outre, il doit démontrer que seuls ces faits sont à la base du licenciement¹⁰. En d'autres termes, l'employeur ne peut se limiter à prouver la véracité des motifs invoqués mais doit également démontrer qu'ils sont une cause du licenciement¹¹.

b) Le partage du fardeau de la preuve

Le droit social dispose également de mécanismes spécifiques qui, pour faciliter la tâche d'une victime d'un comportement particulier, permettent d'alléger la preuve qu'elle doit apporter en partageant la charge de la preuve.

Ainsi, en matière de harcèlement au travail, l'article 32undecies de la loi du 4 août 1996, introduit par la loi du 11 juin 2002, dispose que « lorsqu'une personne qui justifie d'un intérêt établi devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail, la charge de la preuve qu'il n'y a pas eu de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail incombe à la partie défenderesse ».

L'article 19, § 3 de la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination dispose que « lorsque la victime de la discrimination ou un des groupements visés à l'article 31 invoque devant la juridiction compétente des faits, tels que des données statistiques ou des tests de situation, qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, la charge de la preuve de l'absence de discrimination incombe (à la partie défenderesse) ».

c) Les présomptions légales

Les présomptions légales entraînent également des conséquences sur la charge de la preuve qu'elles peuvent inverser, voire rendre impossible en interdisant

⁸ Trib. trav. Mons, 7 oct. 1990, *J.T.T.*, 1991, p. 235.

⁹ Cass., 18 juin 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 406.

¹⁰ C. trav. Liège, 16 janv. 1991, *Chron. D.S.*, 1991, p. 228, note J. JAQUMAIN.

¹¹ Trib. trav. Bruges, 8 oct. 1999, *T.G.R.*, 2000, p. 282.

la preuve contraire. Les présomptions peuvent être édictées en faveur du travailleur ou en faveur de l'ensemble du système de sécurité sociale.

Le droit du travail connaît de nombreuses présomptions, notamment en ce qui concerne l'existence d'un contrat de travail¹. Ainsi en est-il pour les pharmaciens non propriétaires de leurs officines (L. du 3 juill. 1978, art. 3bis), ou pour les prestations de services complémentaires exécutés en application d'un contrat entreprise (*id.*, art. 5bis). De même, le lien de subordination est-il présumé pour les représentants de commerce, les travailleurs intérimaires, les sportifs professionnels, etc... Un mécanisme distinct est, par ailleurs, prévu en sécurité sociale pour étendre l'application de la sécurité sociale des travailleurs salariés à des catégories de personnes travaillant selon des modalités similaires à celles d'un contrat de travail (A.R. du 28 nov. 1969, art. 3).

Dans un certain nombre de cas, la présomption est instaurée en faveur d'une seule partie. Par exemple, les présomptions des articles 10 et 10bis de la loi du 3 juillet 1978 relatifs à la succession entre les contrats à durée déterminée sont établies en faveur du travailleur uniquement, lui seul pouvant s'en prévaloir. Lorsque la présomption de l'article 10 est invoquée à l'encontre de l'employeur, celui-ci peut apporter la preuve que cette succession était justifiée² et seul lui peut le faire³.

Dans d'autres, c'est l'intérêt du système de sécurité sociale qui est protégé. Ainsi, l'article 171 de la loi-programme du 22 décembre 1989 établit, à défaut de produire des horaires au travailleur à temps partiel, une présomption de travail à temps plein.

L'administration de la preuve

1. La collaboration des parties dans l'administration de la preuve

Indépendamment des règles relatives à la charge de la preuve, les deux parties ont l'obligation de collaborer loyalement au déroulement du procès⁴. 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 pour-

rait se prévaloir »⁵. La charge de la preuve ne doit donc jamais être confondue avec la contribution à l'administration de la preuve.

Ainsi, par exemple, dans le cadre d'un licenciement abusif sur pied de l'article 63 de la loi sur le contrat de travail, les parties ont l'obligation de contribuer à l'administration de la preuve⁶. L'ouvrier doit collaborer à la production de la preuve et si l'employeur avance des allégations qui sont cohérentes, le travailleur doit, le cas échéant, contester ces faits, en donner sa propre version et ne peut pas se limiter uniquement à prétendre que la preuve n'est pas apportée⁷.

2. Le rôle du juge

S'il est exact qu'en vertu de la nature accusatoire de la procédure civile, il appartient aux parties de faire valoir leurs preuves, le Juge a le pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction qui lui paraissent indispensables : production de documents, enquêtes, expertises, comparution personnelle des parties, descente sur les lieux⁸. Le Juge peut d'ailleurs, en vertu de l'article 877 du Code judiciaire, lorsqu'il existe des présomptions graves, précises ou concordantes de la détention par une partie ou par un tiers des documents contenant la preuve d'un fait pertinent, en ordonner la production. Le Juge ne peut toutefois le faire qu'en respectant le principe du dispositif et les droits de la défense.

Il appartient toujours au juge d'apprécier la force probante des éléments qui lui sont soumis⁹.

3. La licéité des preuves

a) Principe

Il est admis en principe que la recherche des preuves doit se faire avec des procédés corrects et loyaux et qu'il n'y a pas à avoir égard aux éléments de preuve que l'on obtient par des moyens illicites¹⁰. Ceci implique que les preuves ne peuvent avoir été obtenues en violation de dispositions légales applicables. Aussi, les moyens de preuve doivent être régulièrement recueillis, leur recherche ne peut entraîner des atteintes soit à l'intégrité physique ou mentale, à l'intégrité du

¹ Pour une énumération, voyez : H. BUYSENS, *op.cit.*, pp.57 et s.

² Cass., 2 déc. 2002, *J.T.T.*, 2003, p. 404.

³ C. trav. Anvers, 4 nov. 1988, *Chron. D.S.*, 1993, p. 317.

⁴ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 46.

⁵ D. MOUGENOT, *op.cit.*, p. 92 et références citées.

⁶ C. trav. Bruxelles, 14 oct. 1991, *Chron. D.S.*, 1993, p. 63, note J.-C. BODSON.

⁷ C. trav. Bruxelles, 13 févr. 1995, *Bull. FEB*, 1996/4, p. 88.

⁸ D. MOUGENOT, *op.cit.*, p. 70.

⁹ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 33.

¹⁰ D. MOUGENOT, *op.cit.*, p. 76; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 34, n° 56; G. DEMEZ, « La preuve en droit du travail: protection de la vie privée et nouvelles technologies. Du contremaître à la cybersurveillance », in *Question de droit social*, ss. coord. J. CLESSE et M. DUMONT, Liège, CUP, 2002, p. 317.

domicile ou encore à la vie privée ou impliquer la violation du secret professionnel¹.

Toutefois, ce principe a été récemment assoupli par la Cour de cassation dans des litiges en matière pénale. Depuis 2003, la Cour de cassation tend à s'écarter du principe qui voudrait une irrecevabilité « automatique » en cas d'obtention illicite de celle-ci en réservant au Juge la possibilité de former sa conviction concernant la culpabilité d'un prévenu sur la base d'une preuve illicite, c'est-à-dire sur la base d'une preuve recueillie, soit par un acte interdit par la loi, soit par un acte inconciliable avec les règles substantielles régissant la procédure pénale². Ainsi, le juge doit apprécier l'admissibilité de la preuve à la lumière des articles 6 de la C.E.D.H. et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en tenant compte des éléments de la cause prise dans son ensemble, en ce compris la manière dont la preuve a été obtenue et les circonstances dans lesquelles l'irrégularité a été commise.

La Cour a toutefois estimé que le Juge ne pouvait directement ou indirectement fonder sa conviction sur une preuve obtenue illicitement dans les trois hypothèses suivantes: la violation d'une règle de forme prescrite à peine de nullité, l'irrégularité entachant la fiabilité de la preuve et la méconnaissance des principes relatifs au procès équitable³. Par contre, 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.

Cette tendance jurisprudentielle s'est également illustrée dans un arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 2005 concernant l'obtention d'une preuve en violation de l'information préalable requise par l'article 9 de la C.C.T. n° 68 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard de la surveillance par caméras sur le lieu du travail. Un employeur avait filmé à son insu une employée qu'il soupçonnait de vol en s'abstenant de fournir l'information requise. La Cour avait décidé qu'il appartenait au Juge d'apprécier l'irrégularité des moyens de preuve produits aux dé-

bats dès lors que le non-respect de l'obligation préalable d'information n'était pas sanctionné de nullité⁴. En l'espèce, la Cour a également considéré qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 8 de la C.E.D.H. dès lors qu'aucune ingérence de l'autorité publique dans le droit au respect de la vie privée ne saurait résulter de la circonstance qu'un employeur a installé, dans son magasin, un dispositif de vidéosurveillance visant la caisse enregistreuse au moyen de laquelle un de ses employés commettrait des infractions à son préjudice.

Par contre, dans une décision du tribunal du travail de Bruxelles du 16 mars 2006 mettant en jeu la recevabilité d'une preuve consistant en une vidéo obtenue en violation de l'obligation d'information préalable prévue par la C.C.T. n° 68, le tribunal a affirmé que la jurisprudence de l'arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 2005 n'avait pas à s'appliquer dans les litiges civils⁵. La règle de l'écartement des preuves obtenues illicitement dans des litiges civils a donc été réaffirmée à cette occasion.

Nous faisons état ci-après de quelques décisions illustrant l'application de ces principes dans le cadre de différentes thématiques que nous avons sélectionnées et qui ne représentent toutefois pas l'ensemble du contentieux devant les juridictions du travail sur la question. Les décisions de jurisprudence recensées sur la recevabilité de la preuve s'inscrivent généralement dans le contexte d'un licenciement pour motif grave dont l'employeur tente d'établir la motivation.

b) La correspondance

Si bon nombre de copies de courriers sont soumises aux tribunaux sans qu'aucune partie n'y trouve à redire, il existe toutefois une catégorie d'écrits qui ne peuvent être produits eu égard au secret de la correspondance.

Il nous faut d'abord constater que ce terme reçoit une acception large. Il couvre les lettres ou messages échangés par voie épistolaire, remis de la main à la main ou encore déposés à l'attention d'une personne. Dans un arrêt du 23 mars 2003, la cour du travail de Liège a défini la correspondance comme un « échange épistolaire confié à la poste ou à un organisme chargé de la distribution du courrier ». Elle souligne que le principe de l'inviolabilité des lettres sanctionné à l'article 29 de la Constitution et 460 du Code pénal vaut à l'égard des autorités publiques mais qu'une fois la lettre remise à destination, ce sont les principes du droit privé qui garantissent le secret

¹ Cass. (2^e ch.), 14 oct. 2003, inéd., R.G. n° P030762N ; Cass. (2^e ch.), 23 mars 2003, inéd., R.G. n° P040012N.

² Cass. (2^e ch.), 14 oct. 2003, inéd., R.G. n° P030762N ; Cass. (2^e ch.), 23 mars 2003, inéd., R.G. n° P040012N ; Cass. (2^e ch.), 16 nov. 2004, R.G. n° P040644N. Voir également Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, pp. 212 et s., conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH.

³ Cass. (2^e ch.), 14 oct. 2003, inéd., R.G. n° P030762N ; Cass. (2^e ch.), 23 mars 2003, inéd., R.G. n° P040012N.

⁴ Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 211, conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH, *J.L.M.B.*, 2005, p.1086, note M.-A. BEERNAERT.

⁵ 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 », *www.hrtdoy.be*.

des correspondances vis-à-vis des citoyens entre eux. Dans ce cadre, la lettre en tant que message écrit adressé par une personne à une autre en vue de lui faire une communication (qui vise donc également les courriers remis en mains propres à un destinataire ou déposés à son intention) est protégée mais sur la base, non du principe de l'inviolabilité des lettres, mais sur celle des principes de droit privé liés au respect de la vie privée¹.

La protection s'adresse cependant aux courriers confidentiels et non aux courriers d'entreprise. Il appartient au Juge de déterminer si un courrier est ou non confidentiel².

La cour du travail de Liège, dans un arrêt du 25 avril 2002, a appliqué cette même exigence de respect de la vie privée à l'égard d'un carnet destiné à consigner les observations confidentielles d'un patient et de son psychologue³. La cour avait considéré que le respect de la vie privée englobait tout écrit confidentiel, même si le carnet en question ne pouvait être qualifié de correspondance au sens de l'article 29 de la Constitution et de l'article 460 du Code pénal. Par contre, la cour du travail de Liège relève dans son arrêt du 23 mars 2004 précité que les courriers électroniques ne sont pas protégés par le secret de la correspondance dès lors qu'ils se trouvent protégés en tant que communications électroniques⁴ (cf. ci-dessous).

La question de la production d'une lettre ou missive qui pourrait enfreindre le respect de la vie privée par un tiers qui n'est ni l'auteur, ni le signataire est donc délicate. On rencontre des décisions qui divergent sur les conditions dans lesquelles un tel document peut être produit. Ainsi selon une certaine jurisprudence, si le tiers s'est procuré régulièrement la lettre, il est admis qu'il puisse la produire⁵. D'autres décisions recensées estiment qu'une correspondance qui serait confidentielle doit être rejetée des débats à moins qu'elle ne soit produite avec l'accord de son auteur⁶.

c) Le secret professionnel

Une preuve obtenue en violation du secret professionnel doit également être écartée des débats⁷. Ainsi en va-t-il par exemple d'un élément de preuve re-

cueilli en violation du secret de l'instruction⁸, du secret professionnel des médecins⁹ ou encore du secret de l'avocat. Par ailleurs, il a également été établi que le Juge ne peut avoir égard à un certificat médical dressé par un médecin traitant pour un assuré social et remis à ce dernier sous enveloppe fermée portant la mention "dossier médical confidentiel" et destinée au médecin-expert judiciaire dès lors que le médecin traitant ne peut être valablement délié du secret par son patient¹⁰.

d) La preuve par caméra

La question de la licéité de la preuve par caméra reste problématique. Elle met en jeu non seulement le respect de la vie privée mais également le respect de dispositions légales applicables aux traitements de données à caractère personnel¹¹ ainsi que, éventuellement, la C.C.T. n° 68 du 16 juin 1998 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard de la surveillance par caméra sur le lieu de travail¹². On constate cependant également une certaine variabilité dans la jurisprudence sur cette question.

Ainsi, la cour du travail de Liège a admis des bandes vidéo d'un casino mettant en évidence un comportement fautif de deux employés à des fins de preuve sans examiner la question d'une éventuelle violation de la vie privée¹³. De même, la cour du travail de Liège a reçu, comme moyen de preuve, des images filmées enregistrées attestant des faits de vols¹⁴. La cour du travail de Bruxelles a, quant à elle, admis la production d'une vidéo réalisée par un détective privé après avoir résolu que celle-ci avait été réalisée dans le respect des dispositions de la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé¹⁵.

Comme expliqué ci-dessus, la jurisprudence de la Cour de cassation sur la question est également souple. Ainsi, il a considéré, dans le cadre d'une affaire pénale, que ne violait pas l'article 8 de la C.E.D.H. l'installation d'une caméra pour des raisons de suspicion légitime dans un magasin accessible au public¹⁶.

¹ C. trav. Liège, 23 mars 2004, *R.R.D.*, 2004, p. 73.

² H. BUYSENS, *op.cit.*, 1999, p. 17.

³ C. trav. Liège, 25 avr. 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 107 et *R.R.D.* 2002, p. 266, note F. LAGASSE.

⁴ C. trav. Liège, 23 mars 2004, *R.R.D.*, 2004, p. 78.

⁵ C. trav. Liège, 23 mars 2004, *R.R.D.*, 2004, p. 73 ; voir aussi N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 292.

⁶ C. trav. Liège, 23 mars 2004, *R.R.D.*, 2004, p. 73. La cour du travail de Liège avait dès lors rejeté le carnet confidentiel comme preuve même si l'employeur n'avait commis aucune faute en le réceptionnant (C. trav. Liège, 25 avr. 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 107 et *R.R.D.*, 2002, p. 266, note F. LAGASSE).

⁷ Trib. trav. Namur (2^e ch.), 16 mars 1981, *J.T.T.*, 1981, p. 361.

⁸ C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 16 janv. 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 214.

⁹ C. trav. Mons (6^e ch.), 14 déc. 2001, inéd., R.G. n° 12858.

¹⁰ C. trav. Mons, (6^e ch.), 5 sept. 1980, *J.T.*, 1980, p. 742, obs. R. GROSEMANS.

¹¹ Il existe actuellement une proposition de loi réglant l'utilisation de caméras de surveillance en cours d'examen au Sénat (*Doc. parl.*, Sén., n° 3-1522/1). Celle-ci vise tout particulièrement à assurer le respect de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

¹² Rendue obligatoire par A.R. du 20 sept. 1998, *M.B.*, 2 oct. 1998, p. 32486.

¹³ C. trav. Liège, 18 déc. 2000, *Chron. D.S.*, 2001, p. 456.

¹⁴ C. trav. Bruxelles, 27 juin 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 47 ; C. trav. Liège, 25 janv. 2001, *Chron. D.S.*, 2001, p. 491.

¹⁵ C. trav. Bruxelles, 18 mars 2002, inéd., R.G. n° 31688.

¹⁶ Cass., 27 févr. 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 368.

Deux décisions récentes rendues également en matière pénale ont considéré comme admissibles des preuves d'une infraction obtenues en violation des dispositions de la C.C.T. n° 68¹.

Par contre, dans une affaire civile, le tribunal du travail de Charleroi a écarté des enregistrements vidéo comme preuve de vols effectués dans l'entreprise par un travailleur au motif que l'employeur n'établissait pas avoir obtenu ces images dans le respect de la C.C.T. n° 68². De même, dans une décision du 16 mars 2006 évoquée *supra*, le tribunal du travail de Bruxelles a écarté la preuve obtenue en violation de la C.C.T. et a, en sus, considéré que les aveux recueillis par l'employeur lors du visionnement de la bande vidéo étaient irrecevables³.

e) La preuve par communications électroniques et par des données de communications électroniques

Les courriers électroniques

Les cas de jurisprudence impliquant la production de données électroniques se sont multipliés ces dernières années devant les juridictions du travail. Il s'agit généralement de cas dans lesquels l'employeur tente de justifier un licenciement pour motif grave en s'appuyant sur des copies d'e-mail, des informations échangées sur un intranet de l'entreprise, la consultation de l'Internet, etc... Dans ce cas, le Juge apprécie si la preuve a été ou non régulièrement recueillie en confrontant la manière dont l'employeur s'est procuré les preuves avec les règles en vigueur lorsqu'il s'agit d'exercer un contrôle *a priori* ou *a posteriori* sur l'usage qu'un travailleur fait des outils de communication électronique.

A l'heure actuelle, la régularité d'un tel contrôle implique non seulement qu'il soit tenu compte de l'article 8 de la C.E.D.H., de l'article 22 de la Constitution, l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques qui remplace l'article 109ter D de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (loi Télécom), de l'article 314bis du Code pénal et des dispositions de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel restent d'application. Depuis 2002, il faut également tenir

compte de la C.C.T. n° 81 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électroniques en réseau⁴.

La plupart des décisions que nous avons pu recenser en la matière ne tiennent pas compte de tout ou partie de ces textes législatifs⁵. Dans un certain nombre de cas, le Juge a, en outre, reçu les éléments de preuve sans examiner la recevabilité de ceux-ci⁶.

Par ailleurs, on constate que la jurisprudence est extrêmement variable sur la question. La problématique met en effet en jeu le droit de contrôler le travailleur et le droit au respect de la vie privée du travailleur. La mise en balance de ces deux droits conduit parfois à des solutions très différentes, certaines décisions faisant prévaloir la nécessité d'un contrôle de l'employeur en vue de faire respecter les bonnes mœurs par exemple⁷, d'autres considérant que le respect de la vie privée doit prévaloir⁸. Plusieurs déci-

⁴ Rendue obligatoire par A.R. du 12 juin 2002, *M.B.*, 29 juin 2002, p. 29489.

⁵ En sus des décisions évoquées *infra*, voyez également les décisions inédites commentées par R. DE BAERDEMAEKER et M. KOKOT, « Protection de la vie privée et contrat de travail », *J.T.T.*, 2006, pp. 8 à 11.

⁶ Ainsi, le tribunal du travail de Bruxelles prit en compte des listes de fichiers à caractère privé extraites de l'ordinateur utilisé par l'employé ainsi que la copie de courriers électroniques reçus et envoyés par celui-ci (Trib. trav. Bruxelles (16^e ch.), 19 avr. 1999, inéd., R.G. 70.520/98, www.droit-technologie.org). Par ailleurs, à propos de la production d'une liste de sites web à caractère pornographique produite par un employeur à l'appui d'un licenciement pour motif grave, la cour du travail de Bruxelles a estimé que cette preuve n'était pas recevable du fait qu'elle avait pu être fabriquée de toute pièce par l'employeur. La question de la violation des règles applicables en matière de contrôle de l'usage des outils informatiques par l'employé n'est pas abordée (C. trav. Bruxelles, 7 mars 2003, inéd., R.G. n° 42718, www.cass.be).

⁷ Le tribunal du travail de Bruxelles admit la production d'un courrier électronique et de la photographie à caractère pornographique annexée à celui-ci nonobstant l'article 8 de la C.E.D.H. et de l'article 109ter D, 3^e de la loi Télécom. Il fonda sa décision sur le fait que le droit à la vie privée n'étant pas absolu et que ledit courrier ne revêtait pas un caractère privé car adressé à divers collègues (ce qui nous paraît contestable), l'employeur pouvait sans violer la vie privée de son employé prendre copie de l'e-mail afin d'assurer le respect des bonnes mœurs au sein du service (Trib. trav. Bruxelles (12^e ch.), 22 juin 2000, *Computerrecht*, 2001/6, p. 312). Le tribunal du travail de Bruxelles admit la production d'informations sur le nombre de courriers électroniques, les dates et heures auxquelles ceux-ci ont été échangés (mais pas le contenu de ceux-ci) pour prouver l'existence de nombreux courriers électroniques échangés à des fins privées durant les heures de travail en se fondant sur le fait que le droit à la vie privée n'étant pas absolu, un contrôle est permis dans la mesure où celui-ci est nécessaire, indispensable et proportionné (Trib. trav. Bruxelles, 2 mai 2000, inéd., R.G. n° 1.471/99, www.droit-technologie.org).

⁸ Le tribunal du travail de Verviers écarta des débats les preuves obtenues suite à un contrôle opéré sur l'ordinateur personnel d'un employé et mettant en évidence l'existence

¹ Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 211, conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH, *J.M.L.B.*, 2005, p. 1086, note de M.-A. BEERNAERT ; Anvers, 12 févr. 2004, *R.W.*, 2004-2005, p. 1186.

² Trib. trav. Charleroi, 4 nov. 2002, *Chron. D.S.*, 2004, p. 97.

³ Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 16 mars 2006, inédit 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.

sions sont relatives au contexte au sein duquel le contrôle est opéré, et en particulier quant à la satisfaction ou non de l'exigence d'information préalable¹. D'autres décisions insistent à juste titre sur le fait que des données électroniques ne peuvent être produites sans le consentement de toutes les personnes concernées et déclarent la preuve irrecevable à défaut pour l'employeur d'avoir obtenu l'accord du tiers à l'entreprise impliqué dans les échanges².

En ce qui concerne le sort à réserver à un aveu obtenu par la confrontation à une preuve obtenue irrégulièrement, on rencontre des décisions dans les deux sens :

- Après avoir relevé l'ensemble des dispositions applicables en matière de contrôle par l'employeur des données électroniques de ses employés, le tri-

d'une activité professionnelle parallèle dans son chef au motif que celles-ci avaient été recueillies en violation de l'article 29 de la Constitution et de l'article 8 de la C.E.D.H. (Trib. trav. Verviers, 20 mars 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 183). Dans un litige relatif à la régularité d'un licenciement pour faute grave fondé sur l'existence d'une activité professionnelle exercée pendant les heures de travail, la cour du travail d'Anvers a écarté les copies de courriers électroniques y relatifs et obtenus par l'employeur en consultant la boîte e-mail de l'employeur en son absence. La cour a considéré que ceux-ci avaient été obtenus en violation de la vie privée compte tenu du fait qu'en l'espèce l'exigence de finalité, de proportionnalité et de pertinence dans le contrôle n'était pas rencontrée (C. trav. Anvers, 1^{er} oct. 2003, *J.T.T.*, 2004, p. 510).

¹ Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 8 avr. 2003, *Chron. D.S.*, 2005, pp. 208 et s. ; C. trav. Bruxelles, 14 déc. 2004, *Computerrecht*, 2005, p. 313 ; C. trav. Liège, 20 mars 2006, inéd., R.G. n° 33.137/05, www.cass.be ; pour un commentaire de cette décision voyez : K. ROSIER et S. GILSON, note sous C. trav. Liège, 20 mars 2006, *R.R.D.*, 2006, p. 89 ; Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 8 avr. 2003, *Chron. D.S.*, 2005, pp. 208 et s.

² Le tribunal de travail du Bruxelles écarta la copie d'un courrier électronique émanant d'un tiers produite par un employeur pour établir l'existence d'un abonnement à caractère pornographique dans le chef de son employé et adressée à ce dernier au motif que l'employeur avait obtenu copie de ce courrier dans son consentement (Trib. trav. Bruxelles (12^e ch.), 22 juin 2000, *Computerrecht*, 2001/6, p. 312). La cour du travail de Gand a écarté des disquettes informatiques produites par l'employeur pour prouver l'échange de correspondance privée à partir du matériel informatique de l'entreprise au motif que le tiers concerné par cette correspondance n'avait pas marqué son accord sur cette communication (C. trav. Gand, 22 oct. 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 41). De même, la cour du travail d'Anvers a écarté des débats des courriers électroniques consultés et imprimés par un employeur sans le consentement de ce dernier et a même condamné l'employeur à verser une indemnisation pour compenser le dommage moral résultant de la violation de sa vie privée (C. trav. Anvers, 1^{er} oct. 2003, inéd., R.G. n° 2020381, www.cass.be). La cour du travail de Bruxelles a également écarté des débats des courriers électroniques et SMS versés au dossier par l'employeur pour établir des faits de harcèlement sexuel dans le chef de l'employé licencié dès lors que ceux-ci avaient été obtenus sans le consentement de l'employé et donc en violation de l'article 109terD, 3^o de la loi Télécom (C. trav. Bruxelles (3^e ch.), 10 févr. 2004, inéd., R.G. n° 44002, www.cass.be).

bunal du travail de Bruxelles a considéré que des données obtenues lors d'un contrôle exercé, sans information adéquate préalable des employés à ce propos et sans l'accord de l'employé concerné, devaient être écartées des débats. Par contre, le tribunal a pris en compte l'aveu de l'employé qui confronté à ces données par son employeur a admis avoir consulté des sites internet à des fins privées³.

- A l'inverse, dans une affaire tranchée le 14 décembre 2004, la cour du travail de Bruxelles a estimé irrecevable la preuve consistant en un aveu de l'employé induit par la confrontation à des données irrégulièrement recueillies. La cour avait considéré que l'obtention de copies de courriers électroniques lors d'un contrôle effectué sans intervention préalable était non seulement disproportionnée mais qu'il violait également la loi du 8 décembre 1992 et l'article 109ter D, 3^o de la loi Télécom⁴.

Les données relatives aux appels téléphoniques

Il convient de souligner que sont également considérées comme données de communications électroniques les données relatives aux appels téléphoniques. Le Juge aura également égard aux dispositions applicables en matière de contrôle des données électroniques pour vérifier si une preuve a été régulièrement recueillie. La problématique se complique néanmoins du fait que les abonnements sont financés en général par les employeurs qui reçoivent également les factures y relatives⁵. Ainsi on relèvera que plusieurs décisions on admis la production de factures destinées à établir l'existence d'appels passés à des fins privées sur un téléphone de l'entreprise en considérant que l'employeur pouvait produire les listings d'appels fournis par son opérateur de téléphonie⁶.

f) La preuve par des rapports de détective privé

Bien que la surveillance des travailleurs par un détective privé puisse potentiellement constituer une atteinte à leur vie privée et que, sur cette base, les preuves ainsi obtenues puissent être écartées, on constate que la jurisprudence n'aborde en général pas cette question⁷. Si elle a dans certains cas rejeté de tels rapports, c'est en raison du fait qu'ils émanaient d'une par-

³ Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 8 avr. 2003, *Chron. D.S.*, 2005, pp. 208 et s.

⁴ C. trav. Bruxelles, 14 déc. 2004, *Computerrecht*, 2005, p. 313.

⁵ H. BUYSENS, *op.cit.*, pp. 14-15.

⁶ Trib. trav. Bruxelles, 16 sept. 2004, *J.T.T.*, 2005, p. 61 ; C. trav. Liège, 21 mai 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 180 ; C. trav. Gand, 22 oct. 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 41.

⁷ H. BUYSENS, *op.cit.*, 1999, pp. 24 et 25.

tie rémunérée par quelqu'un qui avait un intérêt direct dans l'affaire¹ et que les rapports n'offraient aucune exactitude sur les faits². D'autres décisions prennent en compte le rapport établi par le détective sans même questionner sa recevabilité³. Ceci peut-être s'expliquer par le fait que la profession étant réglementée depuis 1991, les rapports des détectives et les informations qu'ils recueillent sont sans doute moins sujets à caution⁴.

4. Le caractère contradictoire de la preuve

La juridiction ne peut, normalement, admettre que les preuves qui ont pu faire l'objet de débats contradictoires⁵.

Les modes de preuves

1. Le principe civiliste de la prééminence de l'écrit et l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978

a) Entre la preuve libre et la preuve réglementée ?

On sait que traditionnellement sont opposés le système de la preuve réglementée ou légale du droit civil au système de la preuve libre du droit commercial⁶. Le droit social se situe à mi-chemin entre ces deux systèmes puisqu'il existe un assouplissement de la preuve réglementée par le biais de l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978 et que de nombreux renversements de la preuve ou allègement du fardeau de la preuve sont prévus.

b) L'article 1341 du Code civil

L'article 1341 du Code civil dispose que « il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée, de toutes choses excédant une somme ou valeur de 375 EUR, même pour dépôts volontaires; et il n'est

reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 375 EUR. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce ».

L'article 1341 connaît des exceptions. On retiendra notamment qu'il ne s'applique pas :

- à la preuve des faits juridiques :
Sont de simples faits susceptibles de prouver par témoignage et présomption les vices de consentement, la fraude, la force majeure, le motif grave. Par contre, un paiement est un acte juridique qui doit être normalement prouvé par un écrit⁷.
Les fonctions réellement exercées par le travailleur peuvent ainsi être prouvées par témoins ou présomptions⁸. De même, l'article 1341, alinéa 2, du Code civil n'exigera pas un écrit pour prouver les vices de consentement⁹, ou encore une erreur matérielle¹⁰.
- à la preuve en matière commerciale¹¹ :
L'article 1341 du Code civil ne s'applique, en principe, qu'en matière civile et pas en matière commerciale au sein de laquelle le principe de la preuve libre prévaut. S'il s'agit d'un acte mixte conclu entre commerçants et non-commerçants, les exigences en matière de preuve dépendront de la qualité de celui à l'encontre duquel la preuve devra être rapportée¹². Ainsi, un travailleur peut prouver, contre l'employeur commerçant, en appliquant le régime de la preuve libre, tandis que l'employeur devrait utiliser la preuve réglementée¹³. Il peut donc être considéré, le cas échéant, que l'article 25 du Code de commerce permet de prouver contre ou outre l'écrit lorsque l'engagement est commercial pour l'employeur¹⁴.
- en cas d'impossibilité morale de se constituer une preuve écrite ;
Il a déjà été retenu comme impossibilité morale d'apporter une preuve écrite, le lien de subordi-

⁷ D. MOUGENOT, *op.cit.*, p. 102.

⁸ Cass., 10 mars 1980, *Pas.*, 1, 1980, p. 845.

⁹ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 159.

¹⁰ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 161.

¹¹ Sur la différence théorique entre le système de l'article 25 du Code de commerce et de l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978, voyez : H. BUYSENS, *op.cit.*, p. 5.

¹² C. trav. Mons, 2 mars 1992, *J.T.T.*, 1992, p. 283 ; C. trav. Mons, 8 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1339 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 152.

¹³ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 152.

¹⁴ T. VERHEYDEN, « Les péripéties du droit de la preuve en matière de contrat de travail » in *Cent ans de droit social belge*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 272 ; C. trav. Liège, 2 mai 1996, *J.T.T.*, 1997, p. 108 ; Trib. trav. Charleroi, 22 juin 1981, R.G. n° 21283 in *www.cass.be*.

¹ Trib. trav. Bruxelles, 13 sept. 1985, *Chron. D.S.*, 1986, p. 278 ; Trib. trav. Audenarde, 3 avr. 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 347.

² C. trav. Liège (4^e ch.) 7 janv. 1982, inéd., R.G. n° 7486, *www.cass.be* ; C. trav. Mons, 16 mars 1996, *J.T.T.*, 1996, p. 147.

³ C. trav. Mons (5^e ch.), 16 févr. 2001, inéd., R.G. n° 16287, *www.cass.be*

⁴ La cour du travail de Bruxelles admet la preuve par vidéo réalisée par un détective privé après avoir constaté que celle-ci avait été réalisée dans le respect de la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé (C. trav. Bruxelles, 18 mars 2002, inéd., R.G. n° 31688, *www.cass.be*).

⁵ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 23.

⁶ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 25.

nation caractéristique des relations entre employeur et travailleur salarié¹.

c) Distinction entre l'écrit ad probationem et ad solemnitatem (ad validatem)²

L'écrit n'est pas toujours exigé à titre de preuve. Il constitue parfois une forme substantielle à la fois expression solennelle du consentement des deux parties et condition d'existence de ce type de contrat voulu par les parties. Le droit social formule de telles exigences à de nombreuses reprises. Si le contrat de travail peut être verbal, on sait néanmoins que certains types de contrats doivent être constatés par écrit, comme par exemple les contrats de travail pour un travail à durée déterminée (L. du 3 juill. 1978, art. 9), contrat de travail à temps partiel (art. 11 bis), contrat de remplacement (art. 11 ter) de même que certaines clauses telles la clause d'essai (art. 48, § 1^{er} et 67, § 1^{er})³ et la clause de non-concurrence (art. 65, § 2 et 86, § 1^{er}), etc...

Dans toutes ces hypothèses, l'écrit constitue une condition d'existence de la clause et non un mode de preuve⁴. L'écrit ne peut, ainsi, être remplacé par une preuve par témoin, par présomptions, par un commencement de preuve par écrit⁵ ou encore par une mesure de comparution personnelle⁶. Dans cette hypothèse, « l'article 1341 est en quelque sorte dominé et absorbé par la règle de forme, ce qui montre que le fait que l'article 1341 soit écarté dans un certain nombre de cas ne permet pas de faire la preuve par d'autres voies de droit que par un écrit, lorsque cet écrit est exigé non pas à titre de preuve mais à titre de règle solennelle »⁷.

d) 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 contrats de travail, l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978⁸ vise non seulement l'existence et les clauses du contrat mais aussi tous les faits qui

concernent tant l'exécution que la rupture du contrat⁹.

L'article 12 permet de déroger à l'article 1341, al. 1 du Code civil

En vertu de l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978, la preuve par témoin est toujours admise quelle que soit la valeur du litige en droit social. Il en va donc de même de la preuve par présomptions¹⁰.

Il n'est toutefois pas exclu que dans certaines hypothèses le droit social exige la délivrance de documents spécifiques liés à l'exécution d'une obligation. La jurisprudence n'en déduit néanmoins pas un lien automatique avec la preuve de ces obligations. Ainsi, l'employeur qui n'a pas délivré quittance lors d'un paiement de la main à la main et ce, au mépris de l'article 5, § 1^{er}, al. 2 de la loi du 12 avril 1965, est néanmoins admis à apporter la preuve de ce paiement par toutes voies de droit, cette disposition n'interdisant pas d'autres modes de preuve¹¹. La preuve du paiement peut être rapportée par témoins et, partant, par présomptions¹². L'employeur en défaut de prouver l'exécution de son obligation de payer la rémunération ne peut néanmoins déférer au travailleur le serment litisdécisoire¹³.

L'article 12 ne permet pas de déroger à l'article 1341 al. 2 du Code civil

L'article 12 de la loi du 3 juillet 1978 laissant « intacte la prééminence de la preuve littérale »¹⁴, ne permet pas de prouver par témoignages contre ou outre l'écrit¹⁵.

Ce principe est applicable tant au travailleur qu'à l'employeur. A titre d'exemple, un employeur ne peut pas prétendre vouloir prouver par témoin le fait qu'un travailleur aurait été licencié à sa propre demande lorsqu'il a signé un congé¹⁶. De même, l'existence d'un congé notifié par l'employeur qui résulte des mentions apportées sur la formule C4 ne peut être contestée par l'employeur par la preuve testimoniale du contraire¹⁷. Il a, en outre, déjà été consi-

¹ Cass., 24 sept. 1975, *Pas.*, 1976, I, p. 107 ; C. trav. Mons, 15 juin 1998, R.G. n° 14547, inéd., sommaire in www.cass.be ; Bruxelles, 28 févr. 1968, *Pas.*, 1968, II, p. 155 ; Huy, 4 mars 1914, *Pas.*, 1914, III, p. 203 ; Bruxelles, 28 févr. 1968, *Pas.*, 1968, II, p. 155.

² Sur cette distinction, voyez not. : H. BUYSENS, *op.cit.*, pp. 26 et s.

³ Trib. trav. Bruxelles, 18 nov. 1985, *J.T.T.*, 1986, pp. 48 à 50.

⁴ G. DENEZ, « La preuve en droit social » in *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 par la Faculté de droit de l'U.C.L., p. 29.

⁵ C. trav. Bruxelles, 9 avr. 1979, *J.T.T.*, 1979, p. 334.

⁶ C. trav. Mons, 14 déc. 1998, R.G. 14376, www.cass.be.

⁷ D.MOUGENOT, *op.cit.*, p. 100.

⁸ Sur l'historique de cette disposition, voyez avec intérêt : T. VERHEYDEN, *op.cit.*, p. 257.

⁹ T. VERHEYDEN, *op.cit.*, p. 257 ; C. trav. Mons, 8 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1339 ; C. trav. Anvers, 26 avr. 1999, *R.W.*, 2000-2001, p. 593.

¹⁰ M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, T.I, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales, 1982, p. 379.

¹¹ C. trav. Anvers, 2 juin 2000, *Limb. Rechtsl.*, 2001, p. 257 ; C. trav. Anvers, 26 avr. 1999, *R.W.*, 2000, p. 593 ; Trib. trav. Anvers, 10 juin 1998, *Chron.D.S.*, 1998, p. 514.

¹² Voyez néanmoins les discussions à ce sujet in H. BUYSENS, *op.cit.*, pp.42 et 43.

¹³ C. trav. Liège, 21 avr. 1993, *J.T.T.*, 1994, p. 147, *Bull. F.A.R.*, 1994, p. 106, note J. JACQMAIN.

¹⁴ M. JAMOULLE, *op.cit.*, p. 379.

¹⁵ C. trav. Mons, 18 déc. 1998, sommaire in www.cass.be

¹⁶ C. trav. Bruxelles, 24 oct. 1997, *Chron. D.S.*, 1999, p. 168, note L. BOEYKENS.

¹⁷ C. trav. Liège, 24 juill. 1990, *J.T.T.*, 1991, p. 27.

déré que l'employeur ne pouvait pas prouver contre le contenu d'un écrit reprenant un motif de non renouvellement d'un engagement¹. En ce qui concerne le travailleur, celui-ci ne peut par exemple pas prouver par témoins contre le contenu d'un document qu'il a signé pour accord et décrivant la matérialité des manquements qui lui sont reprochés dans le cadre d'un licenciement pour motif grave² ou contenant un relevé d'heures prestées³.

Notons que la jurisprudence n'a pas les mêmes exigences en ce qui concerne le motif du congé dont il est souvent considéré, notamment dans le contentieux de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978, que l'employeur n'est pas lié par la mention du congé formulée sur le certificat de chômage C4 et que les motifs réels peuvent être apportés par toutes voies de droit⁴. Toutefois, à partir du moment où il est reconnu que le document C4 a une force probante dans le cadre de la réglementation sur le chômage et que l'employeur peut s'y référer⁵, il est étrange de ne pas en tirer toutes les conséquences en interdisant à l'employeur de prouver contre son propre écrit⁶.

En outre, le principe décrit doit être circonscrit. Outre les exceptions prévues à l'article 1341 du Code civil dont certaines ont été rappelées ci-dessus, on précisera :

- d'une part, que les modifications ultérieures d'une convention qui n'auraient pas été consignées par écrit peuvent être prouvées par toute voie de droit⁷, s'agissant de faits ultérieurs pouvant entraîner novation ;
- d'autre part, que la nature d'une fonction réellement exercée est un fait qui peut être prouvé par témoins⁸. Ceci résulte de ce qu'il s'agit d'une situation de fait, qu'elle a pu varier depuis la conclusion du contrat mais surtout de ce que les parties ne disposent pas librement de la qualification. La nature de la fonction d'un travailleur est déterminée en fonction du travail qu'il exerce effectivement et non pas par la dénomination que les parties en

ont donné au contrat⁹. De la sorte, la preuve de la qualité d'employé ou d'ouvrier peut être apportée par toutes voies de droit, présomptions de fait y comprises, même contre un écrit¹⁰.

Il demeure des hypothèses dans lesquelles la rigueur de l'article 1341 al. 2 du Code civil suscite des difficultés. Ainsi, qu'en est-il de l'hypothèse où le travailleur veut prouver qu'un contrat de travail a été antidaté ? Diverses tendances se présentent en jurisprudence :

- la cour du travail de Liège a estimé que le travailleur ne peut pas prouver par témoin que le contrat de travail a été antidaté. On ne peut pas apporter la preuve par témoin contre un écrit qui n'aurait pas été attaqué pour faux en écriture¹¹. Il en va de même pour l'employeur¹² ;
- une partie de la jurisprudence considère toutefois que lorsque l'employeur est un commerçant, le travailleur peut prouver par témoin, conformément à l'article 25 du Code de commerce, que les mentions du contrat sont inexactes et en particulier que celui-ci a été antidaté¹³ ;
- une partie de la jurisprudence estime qu'en application de l'article 1353 du Code civil, en cas de présomption grave précise et convergente de faux ou de dol, telle que l'existence de document antidaté destinée à contourner les dispositions obligatoires, il est possible de rejeter la force probante de l'écrit¹⁴.

En toute hypothèse, il a été admis que lorsqu'une erreur matérielle a été commise à la date de la signature du contrat, elle pourrait être rectifiée par la preuve contraire¹⁵.

¹ Trib. trav. Namur, 28 avr. 2003, *Chron. D.S.*, 2004, p. 100, note J. JACQMAIN.

² Trib. trav. Anvers, 15 janv. 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 55, note.

³ Trib. trav. Dinant, 16 févr. 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 311 ; C. trav. Mons, 10 avr. 2000, *J.T.T.*, 2000, p. 375.

⁴ C. trav. Bruxelles, 14 oct. 1991, *Chron. D.S.*, 1993, p. 63, note J.-C. BODSON ; C. trav. Gand, 5 mars 1997, *J.T.T.*, 1997, p. 433 ; C. trav. Liège, 12 mars 1997, *J.T.T.*, 1997, p. 431.

⁵ C. trav. Bruxelles, 11 déc. 2000, *Chron. D.S.*, 2000, p. 43.

⁶ Voyez à ce sujet : S. GILSON, « L'absence de motivation formelle du congé, une règle en sursis ? L'exemple du licenciement des contractuels de la fonction publique », *Orientations*, 2006, n° 4 et 5 et spéc. n° 5, pp. 3 à 5

⁷ C. trav. Mons, 15 juin 1998, inéd., R.G. n° 14547, sommaire in www.cass.be

⁸ C. trav. Bruxelles, 23 mars 2001, inéd., R.G. n° 37.790, in www.cass.be ; Cass., 10 mars 1980, *R.D.S.*, 1980, p. 250.

⁹ Cass., 10 mars 1981, *J.T.T.*, 1982, p. 122.

¹⁰ Cass., 10 mars 1980, *R.W.*, 1980-81, 1419.

¹¹ C. trav. Liège, 9 juin 1980, *J.T.T.*, 1980, p. 316 ; C. trav. Liège, 23 sept. 1982, *J.T.T.*, 1984, p. 191 ; Trib. trav. Bruxelles, 11 mars 1986, *J.J.T.B.*, 1987, p. 43 ; C. trav. Mons, 2 mars 1992, *J.T.T.*, 1992, p. 283. Trib. trav. Charleroi, 6 sept. 1988, *J.T.T.*, 1989, p. 395 ; C. trav. Liège, 23 sept. 1982, *J.T.T.*, 1984, p. 191 ; C. trav. Liège, 25 mai 1981, inéd., R.G. n° 4614 ; C. trav. Liège, 9 juin 1980, *J.T.T.*, 1980, p. 316 ; C. trav. Bruxelles, 9 avr. 1979, *J.T.T.*, 1979, p. 334.

¹² C. trav. Gand, 13 févr. 1995, *T.G.R.*, 1995, p. 213 ; Trib. trav. Anvers, 4 déc. 1994, *A.J.T.*, 1994-95, p. 343.

¹³ C. trav. Mons, 2 mars 1992, *J.T.T.*, 1992, p. 283 ; C. trav. Liège, 2 mai 1996, *J.T.T.*, 1997, p. 108 ; C. trav. Liège, 19 janv. 1998, *J.T.T.*, 1998, p. 434.

¹⁴ C. trav. Anvers, 3 févr. 1997, *J.T.T.*, 1997, p. 337 ; C. trav. Liège, 19 janv. 1998, *J.T.T.*, 1998, p. 434 ; C. trav. Liège, 16 mars 2000, *Chron. D.S.*, 2001, p. 37.

¹⁵ Trib. trav. Bruxelles, 18 nov. 1991, *R.S.R.*, 1992, p. 119.

2. Les modes de preuves

a) Principes

Le Code civil énonce à l'article 1316 cinq types de preuves qu'il régit : la preuve littérale, la preuve testimoniale, la présomption, l'aveu et le serment. Il existe d'autres modes de preuves par le biais des expertises, des enquêtes, de la production de documents....

b) La preuve littérale

L'article 1325 du Code civil

L'article 1325 du Code civil dispose que les conventions synallagmatiques ne sont valables que si elles ont été faites en autant d'originaux qu'il y a de parties. Le contrat de travail devrait donc être rédigé, à tout le moins, en deux exemplaires. Il y a néanmoins controverse sur l'applicabilité de cette disposition en matière sociale¹. Une partie de la jurisprudence considère que l'article 1325 n'est pas applicable en matière de contrat de travail². Une autre partie estime que l'article 1325 du Code civil est applicable mais que la nullité peut être couverte par l'exécution du contrat.

Il a en toute hypothèse déjà été admis que les règles relatives à la preuve civiliste ne s'appliquent pas nécessairement de la même façon en droit social. Ainsi, en matière de clauses d'essai, l'écrit ne doit pas nécessairement correspondre aux conditions de forme de l'article 1325 du Code civil mais l'accord de chaque partie sur la clause d'essai doit transparaître de cet écrit³.

En cas de disparité des écrits qui ne satisferaient pas aux exigences de l'article 1325 du Code civil, l'acte vaut comme commencement de preuve par écrit et la date de la signature peut être prouvée par des présomptions précises et concordantes⁴.

¹ Sur la question de l'emploi des langues en matière sociale, voyez : H. BUYSENS, *op.cit.*, pp. 6 à 8.

² En faveur de l'inapplicabilité : C. trav. Bruxelles, 25 mars 1974, *J.T.T.*, 1974, p. 235 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 248.

³ C. trav. Anvers, 20 nov. 1992, *R.W.*, 1993-94, p. 55 ; C. trav. Anvers, 4 juin 1993, *R.W.*, 1993-94, p. 324 ; C. trav. Gand, 9 mai 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 344 ; C. trav. Gand, 10 oct. 1988, *T.G.R.*, 1988, p. 192.

⁴ C. trav. Bruxelles, 24 févr. 1989, *J.T.T.*, 1989, p. 406, note.

⁵ Cass., 19 déc. 1969, *R.W.*, 1970-71, col. 562 ; C. trav. Anvers, 4 juin 1993, *R.W.*, 1993-94, p. 824 ; Trib. trav. Anvers, 4 déc. 1994, *A.J.T.*, 1994-95, p. 343 ; C. trav. Liège, 2 mai 1996, *J.T.T.*, 1996, p. 108 ; C. trav. Mons, 14 déc. 1998, inéd., *R.G.* n° 14376, in www.cass.be

⁶ C. trav. Gand, 9 mai 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 344.

La notion d'écrit

La notion d'écrit n'implique pas nécessairement qu'une écriture soit appliquée sur un support papier. En vertu de l'article 16, § 2 de la loi du 11 mars 2003 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, il y a lieu de considérer que l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission⁷. Ainsi en est-il d'un support tel qu'un courrier électronique ou d'un sms, par exemple. Ces documents peuvent donc être pris en compte dans le cadre du contentieux social⁸.

La signature

Un acte dépourvu de signature n'a pas la force probante d'un acte sous seing privé mais il pourra, le cas échéant, être utilisé à titre de commencement de la preuve par écrit ou comme présomption (cf. l'hypothèse de la copie ci-dessous)⁹.

Si, jusqu'il y a peu, seule la signature manuscrite était envisagée par le Code civil, tel n'est plus le cas à l'heure actuelle. En effet, un écrit signé électroniquement est à présent une preuve recevable comme il ressort de l'articulation des articles 1322, § 2 du Code civil et de l'article 5 de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification. L'exigence de signature électronique doit être reconnue comme étant rencontrée dès lors que les données électroniques constituant la signature électronique peuvent être imputées à une personne et garantissent le maintien de l'intégrité du message¹⁰. La technique la plus répandue actuellement pour la signature électronique est celle de la signature digitale à cryptographie asymétrique mettant en œuvre la combinaison d'une clé privée et d'une clé publique. Un simple courrier électronique au sein duquel figure le nom de l'expéditeur comme dans un courrier ordinaire ne suffit pas le qualifier d'écrit signé électroni-

⁷ Pour une étude détaillée sur le sujet, voyez M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique » in *La théorie générale des obligations*, CUP, 2002, vol. 57, pp. 97-181.

⁸ Voyez à cet égard les décisions citées ci-dessus concernant la problématique de la licéité de la preuve liée aux communications électroniques.

⁹ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 235; BUYSENS, *op.cit.*, p. 40.

¹⁰ L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, p. 560. Ceci vaut également en matière sociale : E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », in *La preuve*, CUP, 2002, pp. 55-56.

quement. Celui-ci n'aura donc valeur que de commencement de preuve par écrit¹.

La valeur probante d'un écrit signé électroniquement est tributaire des garanties qui entoureront la signature électronique. L'article 4 § 4 de la loi 9 juillet 1991 précitée prévoit, en effet, qu'une signature électronique avancée réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique, est assimilée à une signature manuscrite, qu'elle soit réalisée par une personne physique ou morale. Ces concepts sont définis dans la loi du 9 juillet 1991.

En ce qui concerne les documents signés électroniquement mais ne répondant pas à ces garanties, le Juge est libre d'en apprécier la valeur probante². Toutefois, les signatures qui ne répondent pas à ses critères ne peuvent se voir refuser toute valeur probante au seul motif (i) que la signature se présente sous forme électronique, (ii) qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, (iii) qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification ou (iv) qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature, comme il résulte de l'article 4 § 5 de la loi du 9 juillet 1991.

La contestation d'écriture

On rappellera qu'en vertu de l'article 1324 du Code civil, dans l'hypothèse où il y a absence de reconnaissance de la signature, la procédure de vérification d'écriture peut être demandée ou ordonnée d'office par le juge³. Il est également possible de faire état d'une procédure d'inscription en faux⁴.

La différence entre les deux procédures réside dans leur mise en mouvement : alors que la vérification d'écriture est demandée par la partie qui entend tirer profit d'un acte et se heurte au désaveu ou la méconnaissance de son adversaire, la procédure de faux civil est introduite par la partie à laquelle on oppose l'acte et qui entend en faire apparaître la fausseté⁵.

La vérification en écriture peut-être refusée par le Juge lorsque les éléments de fait et leur valeur probante semblent suffisamment sûrs⁶.

La date

Comme le rappelle la doctrine : « contrairement à ce qui est exigé des actes authentiques, la date n'est pas un élément essentiel d'un acte sous seing privé »⁷.

La question de la date des actes peut poser une difficulté en droit social. Si il est généralement considéré qu'un acte bien que non daté⁸ puisse être valable, la date peut, en droit social, conditionner la validité de l'acte. L'absence de date de signature d'un contrat comportant une clause d'essai peut donc entraîner nullité celle-ci⁹. Bien que la doctrine ait été controversée sur ce sujet, c'est en principe à celui qui invoque un acte non daté de rapporter la preuve de cette date¹⁰. Celle-ci pouvant être rapportée par toutes voies de droit, témoignages et présomptions y compris à la différence de la contestation de la date qui figurerait dans l'acte (voir *supra*).

Les copies

Constitue une copie le document contenant une transcription littérale d'un acte faite à partir d'un original. Ainsi, la photocopie, le document scanné, les copies-carbone, les micro-films, les disques optiques (CD-Rom) ainsi que les télécopies constituent des copies de documents originaux.

Ce qui caractérise notamment l'original par rapport à la copie c'est le fait que la signature ait ou non été apposée sur le document¹¹. Aussi, une copie d'un original sur laquelle le signataire appose sa signature constitue-t-il un deuxième original¹².

La copie en tant que titre n'a pas de force probante. En effet, soit l'original existe et celui à qui on oppose la copie peut en exiger la production, soit elle n'existe pas et, dans ce cas, la loi ne confère pas de force probante à la copie¹³. Néanmoins, elle peut être admise par le Juge au titre de présomption¹⁴.

De plus, si une partie produit une copie d'un document, le Juge n'est jamais tenu d'exiger d'office la production d'original¹⁵. Lorsqu'une partie invoque l'article 1334 du Code civil en prétendant que la copie n'a aucune force probante, elle peut solliciter la production de l'original. Lorsque la conformité de la

¹ D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, p. 128.

² D. GOBERT et E. MONTERO, *op.cit.*, 2001, pp. 119-120.

³ Pour un cas de vérification en écritures ordonnée d'office par le juge voyez : C. trav. Liège (sect. Namur, 13^e ch.), 26 avr. 2005, inéd., R.G. n° 7134-02, www.cass.be

⁴ D. MOUGENOT, *op.cit.*, pp. 167-168. Notez qu'il existe également la possibilité d'agir au pénal sur la base de l'article 196 du Code pénal qui sanctionne le faux en écriture.

⁵ D. MOUGENOT, *op.cit.*, p. 168.

⁶ C. Trav. Liège (sect. Namur, 12^e ch.), 12 févr. 2003, inéd., R.G. n° 871/2001, www.cass.be

⁷ D. MOUGENOT, *op.cit.*, p. 106.

⁸ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 142.

⁹ Trib. trav. Bruxelles, 11 déc. 1986, *J.J.T.B.*, 1987, p. 43. La procédure de vérification d'écritures demeure valable en matière d'écrits et de signatures électroniques : E. MONTERO, *op.cit.*, p. 62.

¹⁰ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 143.

¹¹ Trib. trav. Charleroi, 13 nov. 1995, *Chron.D. S.*, 1997, p. 247.

¹² D. MOUGENOT, *op.cit.*, p. 185.

¹³ D. MOUGENOT, *op.cit.*, p. 186.

¹⁴ H. BUYSENS, *op.cit.*, p. 40.

¹⁵ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 203.

copie de l'original n'est pas contestée, il n'y a pas lieu de refuser une force probante à la copie¹.

Les mentions particulières

Certains éléments qui pourraient être considérés comme probants en droit civil se voient dénier ce caractère en droit social dans le but de protéger le travailleur. Ainsi, par exemple, la législation sur la quittance pour solde de tout compte stipule que la quittance pour solde de tout compte remise par le travailleur dès le moment où le contrat prend fin ne signifie pas, pour celui-ci, qu'il renonce à ses droits (article 42 de la loi du 3 juillet 1978 et article 12 de la loi sur la protection de la rémunération). La quittance ne vaut que comme accusé de réception : le travailleur reconnaît avoir reçu les sommes mais ne renonce pas à réclamer des montants supérieurs². Il n'y a pas d'abandon de droit³ mais le travailleur ne peut la prouver qu'en suivant les règles de preuve du Code civil, à savoir par un écrit ou un commencement de preuve par écrit parce qu'il doit prouver le contenu d'un acte⁴. De même, dans le cadre de l'application du principe général qui veut que « les renonciations ne se présument pas », les juridictions du travail ont tendance à considérer avec rigueur un certain nombre de mentions (« pour accord », ...) apposées par le travailleur sur certains documents⁵.

c) La preuve testimoniale

Les enquêtes

Lorsque la loi n'interdit pas d'apporter la preuve par témoin, le Juge doit décider souverainement si la preuve peut être rapportée utilement par ce biais, pour autant qu'il ne méconnaisse pas le droit de principe de rapporter une telle preuve⁶. Ainsi l'arrêt qui refuse la preuve par témoin de l'existence d'une en-

quête préalable au licenciement viole le droit de rapporter la preuve par témoin⁷.

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 et pertinent est celui qui permettra à l'adversaire de rapporter la preuve contraire qui a un rapport avec le litige et qui, s'il est établi, pourra avoir une influence sur celui-ci⁸. En cas de faits non pertinents, le Juge doit rejeter l'offre de preuves⁹.

Le Juge du fond apprécie donc souverainement s'il est nécessaire de recourir à la preuve par témoins¹⁰. Il peut le cas échéant ordonner d'office une mesure d'instruction (C. jud., art. 916). 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'instruction¹¹. La preuve du véritable motif du congé peut être apportée par témoin¹² mais le Juge apprécie la pertinence de cette demande. Ainsi lorsqu'il n'y a jamais eu de remarque écrite de l'employeur sur la manière dont l'ouvrier a exécuté le contrat et que les manquements ne lui sont reprochés qu'après la fin du contrat de travail, le tribunal du travail de Huy a jugé que l'offre de preuve n'était pas pertinente¹³. Néanmoins cette décision semble en contrariété avec le fait qu'aucune disposition légale n'impose à l'employeur un tel avertissement écrit¹⁴.

Le Juge peut également rejeter une demande d'enquête lorsqu'il est suffisamment éclairé, lorsque les faits sont d'ores et déjà prouvés ou lorsque le fait est invraisemblable¹⁵. Si l'offre de preuve par témoins ne peut être rejetée au seul motif qu'elle est formulée longtemps après que les faits se soient produits, le Juge peut la rejeter si cette preuve devait s'avérer difficile ou impossible¹⁶ notamment du fait de l'écoulement du temps¹⁷. 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 nécessaires¹⁸. Le Juge peut également refuser d'ordonner une enquête lorsqu'il

¹ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 203; H. BUYSENS, *op.cit.*, p. 40.

Pour un cas de contestation, voyez la décision du tribunal du travail de Charleroi qui, en application de ce principe, a considéré que la photocopie d'un bulletin de paie sur lequel apparaissait de façon imparfaite la signature du travailleur sous la mention « pour acquit » ne faisait pas preuve du paiement dans le chef du travailleur, dès lors que le travailleur contestait avoir apposé sa signature sur le document original (Trib. trav. Charleroi, 13 nov. 1995, *Chron.D. S.*, 1997, p. 247).

² Cass., 10 mars 1976, *J.T.T.*, 1976, p. 290.

³ C. trav. Liège, 3 mars 1988, *J.L.*, 1977, p. 234.

⁴ C. trav. Liège, 12 mars 1981, *R.R.D.*, 1981, p. 273.

⁵ Nous renvoyons à cet égard à : S. GILSON, « Les renonciations ne se présument pas : examen en droit social de l'application d'un principe général de droit », in *Au-delà de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux de droit*, Anthémis, 2006, pp. 75 et 76.

⁶ Cass., 18 mars 1991, *J.T.T.*, 1991, p. 325 ; Cass., 5 déc. 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 25.

⁷ Cass., 5 déc. 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 25.

⁸ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 400.

⁹ D. MOUGENOT, *op.cit.*, p. 79.

¹⁰ Cass., 19 févr. 1975, *Pas*, 1975, I, p. 662.

¹¹ Cass., 4 mars 1985, *Chron. D.S.*, 1985, p. 140.

¹² Trib. trav. Bruxelles, 3 mai 1984, *J.T.T.*, 1984, p. 370.

¹³ Trib. trav. Huy, 16 avr. 1982, *R.D.S.*, 1983, p. 219.

¹⁴ C. trav. Bruxelles, 14 oct. 1991, *Chron. D.S.*, 1993, p. 63, note J. C. BODSON.

¹⁵ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 400.

¹⁶ N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 401.

¹⁷ Trib. trav. Audenaerde, 12 sept. 1995, sommaire in www.cass.be

¹⁸ D. MOUGENOT, *op.cit.*, p. 209.

s'estime suffisamment informé sur les faits de la cause parce que les faits allégués sont d'ores et déjà démentis par les éléments de la cause, notamment par des présomptions¹.

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, mais tout au plus, d'une présomption de fait dont le Tribunal apprécie souverainement la valeur².

La question de la subordination dans le contrat de travail pose évidemment beaucoup de problèmes liés au 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 cette incapacité de témoigner et il est admis que le Juge apprécie souverainement la force probante des dispositions qui sont produites devant lui, sauf en ce qui concerne les descendants qui ne peuvent être entendus dans les causes de leurs ascendants ou des intérêts opposés.

L'organe d'une personne morale ne peut pas être entendu en qualité de témoin³.

Les relations affectives nouées entre une partie et le témoin n'empêche pas d'entendre celui-ci qui dépose sous serment mais, comme le relève alors certaines juridictions, il conviendra d'apprécier en conséquence (« *cum grano salis* ») relève la Cour du travail de Mons) la valeur du témoignage⁴.

Il a déjà été jugé que un rapport rédigé par un témoin ne pouvait être rejeté pour la seule et unique raison que ce témoin est membre du personnel de l'employé et supérieur hiérarchique du travailleur⁵. De même, la preuve du fait qu'un congé a été donné peut être prouvée par des témoignages émanant de membres du personnel⁶.

d) Les présomptions

Il faut distinguer les présomptions légales dont nous avons déjà parlées des présomptions de l'homme. La preuve de l'existence d'un contrat de travail peut par exemple être apportée par présomptions de l'homme⁷. Le recours aux présomptions ne dispense

¹ D. MOUGENOT, *op.cit.*, p. 208 ; Cass., 26 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 227.

² Trib. trav. Oudenarde, 3 avr. 2001, *J.T.T.*, 2002, p. 347.

³ Voyez références citées in H. BUYSENS, *op.cit.*, p.34, note 163.

⁴ C. trav. Mons, 18 mai 1994, inéd., R.G. n° 9986, www.cass.be

⁵ C. trav. Mons, 8 oct. 1997, *J.T.T.*, 1998, p. 18.

⁶ Trib. trav. Bruxelles, 30 mai 2002, *Orientations*, 2004, liv.2, p. 17, note G. HELIN.

⁷ Cass., 28 févr. 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 774.

nullement d'une preuve certaine et, partant, le juge ne les accueille comme probantes que lorsqu'elles lui apportent la certitude du fait recherché⁸.

Comme mentionné ci-dessus, les copies de documents, lorsqu'il n'y a pas lieu de douter de leur conformité à l'original peuvent servir de présomption. Les films, comme les photos, constituent des présomptions de l'homme et leur production peut donc être utilisée pour établir des faits⁹.

e) L'aveu¹⁰

Un aveu extra judiciaire des faits signé par le travailleur peut être retenu comme un moyen de preuve sauf s'il est atteint d'une contrainte¹¹. La force probante de l'aveu extra judiciaire est néanmoins toujours soumise à l'appréciation du Juge qui peut décider que l'aveu est insuffisant et demander la preuve par témoin¹².

En toute hypothèse l'aveu ne peut porter sur des matières d'ordre public dont une partie ne peut disposer ou sur des questions de droit. La preuve d'un contrat de travail ne peut donc pas être apportée par aveu, l'aveu ne pouvant porter que sur du fait et non sur du droit¹³. Par contre, l'accord du travailleur sur la mention contenue dans la lettre de préavis comme quoi il ne satisfaisait pas aux exigences de la fonction, démontre que le congé de l'intéressé est en rapport avec sa conduite ou ses aptitudes¹⁴.

f) Le serment

Il n'est pas possible d'imposer au travailleur le serment judiciaire à propos du motif du congé car cela violerait l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 qui inverse la charge de la preuve¹⁵.

⁸ C. trav. Liège, 24 avr. 2002, inéd., R.G. n° 30725/02, www.cass.be

⁹ H. BUYSENS, *op.cit.*, pp. 41-42 ; D. MOUGENOT, *op.cit.*, p. 246 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op.cit.*, p. 113 ; Trib. Civ. Namur (réf.), 31 oct. 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 438 ; voyez également les décisions citées *supra* concernant la licéité de la preuve par camera.

¹⁰ Voyez not. P. VAN OMMESLAEGHE, « Evolution 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.

¹¹ Trib. trav. Courtrai, 2 oct. 1979, *R.D.S.*, 1983, p. 454 ; Trib. trav. Bruxelles, 15 oct. 1986, *J.T.T.*, 1987, p. 130 ; Trib. trav. Tournai, 20 déc. 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 815.

¹² C. trav. Liège, 19 févr. 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 51 ; C. trav. Liège, 16 nov. 1994, *J.T.T.*, 1995, p. 209 ; Trib. trav. Anvers, 15 janv. 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 55.

¹³ C. trav. Bruxelles, 19 mai 1989, *J.J.T.B.*, 1989, p. 370.

¹⁴ Cass., 17 févr. 1992, *J.T.T.*, 1992, p. 223.

¹⁵ C. trav. Liège, 5 mai 1992, *J.T.T.*, 1993, p. 86.

Conclusions

Le développement du droit du travail n'a pas négligé le droit de la preuve. Le droit de la preuve en droit social a notamment révélé une certaine ambivalence à l'égard de l'écrit, dont la primauté est consacrée par le droit civil : tantôt écarté dans un premier temps et tantôt ensuite exigé du fait de la création par des dispositions impératives d'un certain formalisme, qui relève d'un mécanisme distinct du droit de la preuve (le formalisme touche à l'existence même de l'acte) mais qui ne lui est néanmoins pas totalement étranger (les autres modes de preuve que l'écrit s'en trouvent, en effet, écartés).

Il est, d'ailleurs, indéniable que le droit de la preuve connaît des particularités dans le domaine du droit social. Ainsi, nous remarquons qu'en ce qui concerne la preuve à rapporter par l'employeur de la matérialité des faits qui ont justifié un licenciement pour motif grave, la jurisprudence est très variable et hésitante et reflète la complexité de la problématique du contrôle de l'employeur sur les activités et comportements du travailleurs qui met en jeu des droits difficiles à concilier.

Gilbert DOMEZ, il y a 20 ans, invité à disserter sur un sujet similaire - quoique plus large puisqu'il visait également la preuve de la sécurité sociale¹ - concluait sa contribution dans les termes suivants que nous lui empruntons tant ils conservent toute leur pertinence :

L'inégalité foncière des parties en présence (travailleur/employeur) et le caractère d'ordre public ou impératif en terme de droit social requièrent des aménagements en règle du droit commun de la preuve.

Ceux-ci vont d'un formalisme écartant l'application de toutes les règles de preuve, l'écrit constituant une condition de l'existence de l'acte à l'aménagement de l'administration de la preuve (preuve par toutes voies de droit, présomption réfragables ou irréfragable, aveu extra judiciaire) en passant par le renversement de la charge de la preuve.

De manière implicite, mais non moins réelle, des règles de preuve en droit social tentent de concilier des luttes d'intérêt en rapport avec l'application et la non-application de la réglementation et des exigences contradictoires relevant les unes de l'autonomie de la volonté, les autres de la nature impérative ou d'ordre public de la législation.

¹ G. DOMEZ, *op.cit.*, p. 53.