

Doctrine

Utilisation des preuves irrégulières en justice : *Antigone* se met en tenue civile, par D. Mougenot 537

Les constats internationaux, par S. Dorol, P. Gielen et R. Laher 541

Jurisprudence

■ Procédure civile - Preuve - Écartement d'une preuve illégale - Conditions - Atteinte à la fiabilité de la preuve ou au droit à un procès équitable
Cass., 3^e ch., 14 juin 2021, note 551

■ Jugement avant dire droit - Appel différé - Appel-nullité
Bruxelles, 4^e ch., 26 avril 2021 551

■ Prononcé d'une condamnation - Mesure de suspension probatoire - Antécédents judiciaires (non)
Bruxelles, 9^e ch., 4 septembre 2020 .. 553

Chronique

La cacophonie verviétoise (III) - Dates retenues.

Bureau de dépôt : Louvain 1
Hebdomadaire, sauf juillet et août
ISSN 0021-812X
P301031

Journal des tribunaux

https://jt.larcier.be
18 septembre 2021 - 140^e année
28 - N^o 6866
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrine

Utilisation des preuves irrégulières en justice : *Antigone* se met en tenue civile

Dans l'arrêt du 14 juin 2021, publié ci-après (p. 551), la Cour de cassation adapte les critères *Antigone* à la matière civile. Cet arrêt concerne un contrat de vente, ce qui permet de déduire que cette jurisprudence s'applique également aux questions de droit privé. Les critères principaux sont simplifiés : il n'est plus question de preuves recueillies en violation d'une règle prescrite à peine de nullité. Les critères secondaires sont adaptés : le juge est invité à réaliser un véritable test de proportionnalité.

1. Une longue attente et des interrogations multiples. — Treize ans. C'est le délai qui sépare l'arrêt annoté de l'arrêt précédent dans cette matière, prononcé le 10 mars 2008¹. Celui-ci est resté durant toute cette période le seul et unique arrêt rendu par la Cour de cassation concernant l'utilisation de preuves irrégulières en procédure civile. Et quel arrêt ! Dans cette décision, la Cour s'est prononcée sur l'utilisation illégale par l'ONem d'un PV tiré d'un dossier répressif. On se situait donc dans le contexte de la répression du travail non déclaré. La Cour y a repris, au mot près, l'enseignement des arrêts pénaux. Cette démarche pouvait se justifier dès lors que la répression du travail au noir s'apparente très fort au droit pénal : il s'agit aussi d'une législation d'ordre public, destinée à poursuivre et sanctionner des infractions. Mais l'enseignement de la Cour pouvait-il être transposé à des matières relevant du droit privé ? Dans l'affirmative, les critères proposés devaient-ils être adaptés ? La plupart des commentateurs ont estimé que l'enseignement de la Cour dans cette décision était général et valait comme décision de principe pour toute la matière civile². Dans un premier temps, la plupart des juridictions civiles ont appliqué sans trop d'états d'âme les critères de l'arrêt de 2008 dans des matières de droit privé³. Mais le doute s'est installé à la lecture de plusieurs arrêts de cours du travail⁴. Celles-ci ont remis en cause l'application généralisée de la jurisprudence *Antigone* dans les matières d'ordre privé ou ont limité cette jurisprudence aux seules preuves recueillies illégalement (par opposition aux preuves illégales par nature). Par ailleurs, on constate également que les juges du fond ont fait le ménage parmi les critères retenus par la Cour de cassation en 2008 et n'ont appliqué qu'une partie d'entre eux⁵.

2. Alimentées par la jurisprudence de la C.J.U.E. — Autre source de perplexité : l'arrêt *WML* de la Cour de justice de l'Union européenne⁶. Dans cet arrêt rendu en matière fiscale, la Cour de justice de l'Union, faisant application notamment de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (le pendant, dans le droit de l'Union, de l'article 6 de la Convention E.D.H.),

(1) Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note R. DE BAERDEMAEKER ; *NjW*, 2010, p. 195, note K. VAN KILDONCK ; *Ors.*, 2008, p. 27 ; *Pas.*, 2008, p. 652 ; *R.C.J.B.*, 2009, p. 325, note F. KÉFER.

(2) F. KÉFER, « *Antigone* et *Manon* s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité des preuves », *R.C.J.B.*, 2009, pp. 333 et s., n^o 9 ; F. KÉFER, « La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié », in *La preuve et la difficile quête de la vérité* judiciaire, CUP, vol. 126, Liège, Anthemis, 2011, pp. 191 et s., n^o 24 ; R. DE BAERDEMAEKER, « Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie : quand la fin justifie les moyens... », *J.L.M.B.*, 2009, p. 585 ; O. MORENO et S. VAN KOEKENBEEK, « Les enjeux de la vie privée au travail et sa dynamique de l'entreprise », in *Actualités du droit de la vie privée*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 39 et s., n^o 32 ; I. VERHELST et N. THOLEN, « Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs », *Ors.*, 2008, pp. 197 et s., spéc. p. 205 ; J. VAN COMPENOLLE, « L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP, vol. 126, Liège, Anthemis, 2011, pp. 7 et s., n^o 10.

(3) Pour un exposé plus détaillé sur l'évolution de la jurisprudence civile, je renvoie le lecteur à ma précédente contribution dans cette revue : D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en matière civile », *J.T.*, 2017, pp. 69 et s. Et, pour un exposé plus complet encore : D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », in *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 127 et s. En ce qui concerne plus spécifiquement le droit du travail, voy. : S. GILSON, F. LAMBINET et H. PREUMONT, « La preuve en droit du travail : évolutions et questions particulières », *Ors.*, 2020, pp. 31 et s.

(4) C.T. Bruxelles, 7 février 2013, *J.T.*, 2013, p. 262, note MOUGENOT, *Ors.*, 2013, p. 25, *Or.*, 2013, p. 131, *Chr. D.S.*, 2013, p. 106, note RIJCKAERT ; C.T. Liège, 6 février 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 298, *Chr. D.S.*, 2016, p. 37 ; C.T. Bruxelles, 12 juin 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 364 ; C.T. Bruxelles, 4 août 2016, *J.T.T.*, 2016, p. 390 ; C.T. Liège, 3^e ch., 8 novembre 2017, RG n^o 2016/AL/772, www.juportal.be.

(5) Voy. D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en matière civile », *op. cit.*, n^o 16.

(6) C.J.U.E., 17 décembre 2015, *WebMindLicenses (WML)*, aff. C-419/14, *J.T.*, 2016, p. 401, note F. KONING, *T.F.R.*, 2016, p. 342, note P. DE VOS et D. VERBEKE.



LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

Chronique de jurisprudence 2016-2020

Henri-François Lenaerts, Nicholas Thoelen, Bart Vanschoebeke, Jean-Yves Verslype, Gaëlle Willems, Ann Witters

Cette chronique de jurisprudence répertorie, analyse et commente toutes les décisions significatives, de 2016 à 2020, en matière de rupture de contrat de travail.

994 p. • 130,00 € • Édition 2021

Existe aussi en version néerlandaise

orders@larcier.com

Lefebvre Sarrut Belgium SA

Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve

Tél. 0800/39 067 • Fax 0800/39 068

LARCIER



this Jurisquare copy is licenced to Université de Namur- Faculté de droit

indique que les preuves recueillies en violation d'un droit garanti par la Charte des droits fondamentaux de l'Union doivent être écartées. Dans l'attendu central de cet arrêt, la Cour dit « Si [la juridiction nationale] constate que cet assujetti n'a pas eu cette possibilité [d'avoir accès à ces preuves et d'être entendu sur celles-ci] ou que ces preuves ont été obtenues dans le cadre de la procédure pénale ou utilisées dans celui de la procédure administrative en violation de l'article 7 de la Charte⁷, ladite juridiction nationale doit écarter ces preuves et annuler ladite décision si celle-ci se trouve, de ce fait, sans fondement ». Il importait effectivement de définir la portée de cet arrêt, qui paraissait condamner toute forme d'utilisation des preuves irrégulières par la justice, en matière fiscale en tout cas. Tout d'abord, la transposition de cette jurisprudence en matière civile apparaissait hasardeuse⁸. Mais surtout, dans une affaire ultérieure, l'avocate générale Kokott indique que⁹ : « La Cour ne s'est donc prononcée dans l'arrêt du 17 décembre 2015, *WebMindLicenses* (...), que sur la circonstance que le juge national doit contrôler une telle collecte des preuves quant à sa légalité. Elle n'a en revanche pas indiqué — contrairement à ce qu'estiment les requérants en cassation — si une infraction dans la collecte des preuves entraîne automatiquement une interdiction de les exploiter ou si le juge national a le droit de procéder à une appréciation. »¹⁰ Fausse alerte donc : il ne semble pas que la jurisprudence *Antigone* belge soit condamnée par la Cour de justice de l'Union.

3. « L'Antigone nouveau » est arrivé. — Décontenancés par ces controverses, les praticiens attendaient un nouvel arrêt de la Cour de cassation, qui confirme ou nuance l'enseignement de 2008 et réponde aux questions posées par les civilistes. Mais la Cour garda le silence. Lors de la réforme du droit de la preuve, le législateur exclut explicitement cette matière des règles du livre 8 du nouveau Code civil, parce qu'elles s'apparentaient plus au droit procédural qu'au droit civil¹¹. Et puis, en 2021, la Cour de cassation sortit enfin de son mutisme. Par l'arrêt annoté du 14 juin 2021¹², la Cour réaffirme le principe de la réception généralisée des preuves irrégulières mais avec des critères renouvelés et mieux adaptés à la matière civile. Le problème soumis à la Cour concernait un contrat de vente d'une voiture. Le vendeur et l'acheteur ne s'accordaient pas sur le prix de vente. Le vendeur soutenait que l'acheteur avait accepté un prix plus élevé et produisait, à l'appui de ses dires, un enregistrement d'une conversation téléphonique avec l'acheteur, effectué à l'insu de ce dernier. Même si cet arrêt apparaît assez simple, il répond cependant implicitement à certaines questions posées par la doctrine et guidera davantage les juges dans leur tâche délicate.

4. Critères de l'arrêt de 2008. — Les arrêts *Antigone* de la Cour de cassation proposent, de manière récurrente, deux types de critères : des critères généraux et des critères secondaires. Les critères généraux mentionnés dans l'arrêt du 10 mars 2008 étaient les suivants :

Doivent être admises, les preuves qui

— ne violent pas une forme prescrite à peine de nullité ; les cas de nullité sanctionnant des irrégularités relatives à la réception de preuves en matière civile étant extrêmement rares, l'écartement de preuves pour ce motif est resté inexistant, en tout cas dans la jurisprudence publiée¹³ ;

— ne voient pas leur fiabilité affectée par l'irrégularité ; les commentateurs font toutefois observer que les preuves non fiables ne peuvent en tout état de cause pas être retenues par le juge, qu'elles soient recueillies de manière légale ou non¹⁴ ; il ne s'agit donc pas d'une question spécifique aux preuves illégales ;

— ne portent pas atteinte au droit au procès équitable ; que ce soit en matière civile ou pénale, ce critère a suscité les interrogations de la doctrine, du fait de son imprécision ; il a été qualifié de « flou »¹⁵, « fourre-tout »¹⁶, voire même de « machine à laver n'importe quelle irrégularité »¹⁷ ; son contenu reste indéterminé ; la Cour européenne des droits de l'homme indique que les preuves qui n'ont pas fait l'objet d'un débat contradictoire doivent être écartées pour atteinte au principe du procès équitable¹⁸ ; c'est une évidence mais cela suffit-il ? en effet, il suffirait alors d'instaurer un débat contradictoire pour laver les preuves discutables de leurs imperfections et toutes les preuves irrégulières seraient admises ; le respect du contradictoire deviendrait alors un critère purement formel, dépourvu de tout contenu.

Pour aider le juge dans sa démarche, la Cour a ajouté, dans l'arrêt du 10 mars 2008 précité, plusieurs critères secondaires d'appréciation :

— le caractère purement formel de l'irrégularité ;

— sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée ;

— la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement ;

— la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité ;

— le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction ;

— le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction.

Il ne faut évidemment pas s'arrêter à la terminologie purement pénale (recherche et constatation des infractions...), surprenante dans un arrêt rendu en matière civile. Il convient, par exemple, de substituer les termes « faute » ou « manquement » au terme « infraction ». Ces critères proposés en ordre subsidiaire sont finalement plus pertinents, dans cette matière, que les trois critères principaux évoqués ci-dessus. Ainsi, le caractère intentionnel ou non de l'irrégularité, le fait que le droit que l'on cherche à protéger (droit à la vie privée ou autre) est totalement annihilé ou simplement amoindri, ou encore la comparaison entre la gravité de l'irrégularité et celle du manquement que l'on cherche à prouver, sont des éléments importants de l'appréciation du juge. On aurait aimé savoir si ces critères pouvaient être appliqués de manière autonome ou si, comme la rédaction de l'arrêt le donne à penser, ils ne pouvaient servir que de critères complémentaires dans la détermination des trois critères principaux¹⁹.

Bien souvent, les preuves irrégulières ont passé victorieusement le test et ont été retenues par les cours et tribunaux²⁰. Toutefois, ont été écartées, malgré l'application du test *Antigone* : des preuves recueillies lors d'un vol²¹ ou d'investigations d'un détective privé se faisant passer

(7) Qui garantit le droit à la protection de la vie privée. Je souligne.

(8) Pour un exposé complet des motifs qui justifient cette exclusion, voy. D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, n^{os} 34 et s.

(9) Conclusions de l'avocate générale Kokott, présentées le 11 juillet 2019, affaires jointes C-469/18 et C-470/18.

(10) Point 72. La Cour de justice a estimé la demande de question préjudicielle irrecevable dans cette affaire, à défaut de lien avec le droit de l'Union, et ne s'est donc pas prononcée sur le fond (C.J.U.E., 24 octobre 2019, *IN et JM c. État Belge*, aff. C-469/18 et C-470/18). On doit donc se contenter des conclusions du ministère public.

(11) Exposé des motifs, *Doc. parl. Chambre*, 54-3349/001, sess. 2018-2019, p. 4.

(12) Cass., 1^{re} ch., 14 juin 2021, RG n^o C.20.0418.N, publié ci-après, dans ce numéro. Malgré l'importance

de la question, l'arrêt n'est prononcé que par trois conseillers. Pourtant, cette formation restreinte n'est autorisée par l'article 1105bis du Code judiciaire que « lorsque la solution du pourvoi paraît s'imposer ou n'appelle pas une décision dans l'intérêt de l'unité de la jurisprudence ou du développement du droit ». Cette décision est cependant fort importante pour l'évolution de la jurisprudence.

(13) D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, n^o 19 ; D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en matière civile », *op. cit.*, n^o 6.

(14) B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken in recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », *Gerechtigd recht*, Coll. Themis, n^o 59, Bruges, La Charte, 2010, pp. 35 et s., n^o 18 ; M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de

l'enquête et des poursuites », *J.L.M.B.*, 2005, p. 1103 ; F. KÉFER, « *Antigone* et *Manon* s'invitent en droit social - Quelques propos sur la légalité des preuves », *op. cit.*, n^o 14 ; F. KUTY, « La sanction de l'illegalité et de l'irrégularité de la preuve pénale », in *La preuve, questions spéciales*, CUP, vol. 99, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 7 et s., n^o 36 ; P. TRAESE, « Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs : het Hof van Cassatie zet de bakens uit », *T. Strafr.*, 2004, p. 137.

(15) A. MASSET, « Le régime des nullités en procédure pénale », in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, CUP, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 106.

(16) F. LUGENTZ, « La sanction de l'irrégularité de la preuve en matière pénale après la loi du 24 octobre 2013 », *J.T.*, 2015, pp. 185 et s., n^o 16, p. 191.

(17) J. DE CODT, « La nouvelle loi sur les nullités : un texte inutile ? », *Rev. dr. pén.*, 2014, p. 264.

(18) C.E.D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davies c. Belgique*, § 42 ; C.E.D.H., gr. ch., 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, § 90.

(19) Voy. B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour "Antigoon" », *J.T.*, 2012, pp. 165 et s., n^o 20.

(20) Voy., pour des exemples récents, Anvers, 17 janvier 2019, *Limb. Rechtsl.*, 2019, p. 306, note ; Anvers, 14 mai 2018, *I.R.D.I.*, 2018, p. 122, note ; Anvers, 12 mars 2018, *R.W.*, 2019-2020, p. 426 ; Trib. fam. Namur, div. Namur, 3^e ch., 14 février 2018, *J.T.*, 2018, p. 376 ; J.P. Enghien-Lens, 27 juin 2017, *J.P.*, 2018, p. 574, note ; Gand, 27 octobre 2016, *T. Not.*, 2018 (sommaire), p. 839.

(21) C.T. Liège, 14 décembre 2010,



pour un client²², un rapport de détective illégal²³, des courriels copiés dans la messagerie d'un tiers²⁴.

5. Critères de l'arrêt de 2021. — En 2021, la Cour, consciente de ce que les critères de l'arrêt de 2008 s'appliquaient mal au droit civil, a revu sa copie et propose une nouvelle mouture des « critères *Antigone* ». Le principe général est inchangé : les preuves recueillies irrégulièrement sont généralement admissibles, sauf si la loi en décide autrement ou dans les cas visés par la Cour.

Désormais, l'exclusion des preuves illégales ne peut plus se produire que dans deux cas : lorsque l'irrégularité affecte la fiabilité des preuves et en cas de violation du droit au procès équitable. *Exit* donc le critère du non-respect des formes prescrites à peine de nullité, qui collait mal au droit civil.

La liste des critères secondaires est aussi revue : « il y a lieu de tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, notamment de la manière dont la preuve a été obtenue, des circonstances dans lesquelles l'illégalité a été commise, de la gravité de celle-ci et de la mesure dans laquelle elle a porté atteinte au droit de la partie adverse, du besoin de preuve de la partie qui a commis l'illégalité et de l'attitude de la partie adverse ».

Manifestement, le ton est différent. Il n'est plus question de « l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions »... La Cour a adapté son discours à la matière civile. Le fait que le litige s'inscrive dans le cadre d'un contrat de vente entre particuliers met fin définitivement aux interrogations concernant le caractère exclusivement d'ordre public de la jurisprudence *Antigone*. En matière civile, il s'agit donc d'une jurisprudence générale, qui s'applique aussi aux rapports de droit privé, comme l'admettait la doctrine majoritaire²⁵. Cela répond ainsi au questionnement des juridictions du travail, qui hésitaient à appliquer cette jurisprudence en matière de contrat de travail.

6. Droit matériel ou droit procédural ? — Plus fondamentalement, le fait que la Cour reprenne ses critères traditionnels, inspirés eux-mêmes de la jurisprudence pénale, met un terme, me semble-t-il, à une autre controverse : le caractère matériel ou procédural de l'irrégularité commise en matière de réception des preuves.

Dans sa dissertation doctorale, J. Van Doninck soutient en effet que la question des preuves recueillies irrégulièrement est un problème de responsabilité civile et non de droit processuel²⁶. En effet, en cas d'acquisition irrégulière d'une preuve, la faute est (généralement) commise en dehors de la procédure²⁷. Cette discussion n'est pas purement académique. En effet, les critères pour écarter ou non les preuves devraient alors être recherchés dans le cadre du droit de la responsabilité. Notamment, l'auteur examine l'hypothèse de l'alternative légitime, qui est un mécanisme propre à la responsabilité civile. À la suite d'un arrêt de la Cour de cassation de 1997²⁸, il est admis que le juge constate l'absence de lien causal entre faute et dommage, lorsque le comportement fautif est mentalement remplacé par son exécution correcte et qu'il apparaît que le dommage allégué se serait également produit de la même manière dans ce cas, sans modifier aucune autre circonstance concrète de la cause²⁹. Appliqué à la jurisprudence *Antigone*, ce mécanisme justifierait l'utilisation des preuves illégales produites par une des parties lorsqu'il apparaît que le tribunal aurait pu les recueillir légalement, notamment par la procédure de production de documents³⁰. Dans ce cas, il n'y aurait plus de lien causal entre l'illégalité et l'utilisation de la preuve par le tribunal.

La place manque évidemment dans le présent article pour rencontrer l'argumentation fouillée de cet auteur. Mais on peut observer que le postulat de base de son argumentation est discutable. Ce n'est pas nécessairement parce que la faute a été commise hors du procès qu'elle échappe d'emblée aux règles du procès équitable. La question des limites du droit au procès équitable s'est posée dans l'arrêt *Golder contre Royaume-Uni* de la Cour européenne des droits de l'homme³¹, concernant l'accès à la justice. Plus précisément, il s'agissait de déterminer si l'aide légale retrait dans le cadre des règles du procès équitable. Le gouvernement britannique soutenait que les questions d'accès à la justice échappent à l'article 6 de la Convention E.D.H. parce que, chronologiquement, elles se posent avant que le procès ne débute. La Cour des droits de l'homme réfute cette position : « Si ce texte [l'article 6, § 1] passait pour concerner exclusivement le déroulement d'une instance déjà engagée devant un tribunal, un État contractant pourrait, sans l'enfreindre, supprimer ses juridictions ou soustraire à leur compétence le règlement de certaines catégories de différends de caractère civil pour le confier à des organes dépendant du gouvernement. Pareilles hypothèses, inséparables d'un risque d'arbitraire, conduiraient à de graves conséquences contraires auxdits principes et que la Cour ne saurait perdre de vue. Aux yeux de la Cour, on ne comprendrait pas que l'article 6, paragraphe 1 (article 6-1), décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès »³². En d'autres termes, les règles du procès équitable dépassent le cadre strict du procès, à peine de ruiner l'effectivité des dispositions de la Convention E.D.H. Donc, il me semble que le fait d'utiliser en justice des preuves recueillies irrégulièrement en dehors du procès n'empêche pas, par principe, que les règles du procès équitable s'appliquent à ces preuves.

Il est vrai que la Cour des droits de l'homme a rappelé à diverses reprises que, si l'article 6 garantit le droit à un procès équitable, il ne réglemente pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, parce que cette matière relève au premier chef du droit interne³³. On ne pourrait cependant en déduire que la question des preuves irrégulières est totalement sans lien avec le procès équitable. Tout d'abord, la Cour a indiqué que l'exclusion d'une preuve obtenue illégalement s'imposait, afin de préserver l'équité du procès, lorsque l'irrégularité commise touchait certains droits considérés comme parmi les plus fondamentaux de la Convention, notamment l'article 3 de celle-ci (interdiction de la torture et des traitements dégradants)³⁴. En revanche, toute violation d'un droit garanti par la convention (le droit à la vie privée essentiellement, garanti par l'article 8) n'entraîne pas automatiquement une violation du droit au procès équitable³⁵. La Cour a ajouté — et c'est fort important pour la question qui nous occupe — que le juge doit examiner si la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, a été équitable dans son ensemble, ce qui implique l'examen de l'« illégalité » en question et, dans le cas où se trouve en cause la violation d'un autre droit protégé par la Convention, de la nature de cette violation. Pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, il faut aussi se demander si les droits de la défense ont été respectés. Il faut rechercher notamment si le requérant s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation. Il faut prendre également en compte la qualité de l'élément de preuve, y compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de son exactitude³⁶. On observe donc une fi-

RG n° 2009/AN/8833, Juportal.
 (22) Mons, 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 296, note D. MOUGENOT.
 (23) C.T. Anvers, div. Hasselt, 19 juillet 2017, *Limb. Rechtsl.*, 2017, p. 289. Voy. cependant : T.T. Liège, div. Liège, 23 novembre 2017, *Ius et actores*, 2017/3, p. 113, qui admet un rapport d'expertise illégal qui a pu faire l'objet d'un débat contradictoire.
 (24) Prés. Comm. Hainaut, div. Charleroi, 26 avril 2017, *R.D.C.*, 2019, p. 1116.
 (25) Voy. *supra*, n° 1.
 (26) J. VAN DONINCK, *Het lot van echtmatic bewijs*, Anvers, Intertitia, 2020, n° 98 et s., pp. 151

et s.
 (27) Contrairement à ce qui se passe au pénal, où les fautes commises par les verbalisants dans le cadre de l'information répressive s'inscrivent déjà dans la procédure et répondent donc aux critères du droit au procès équitable.
 (28) Cass., aud. plén., 25 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 405.
 (29) R. JAFFERALI, « L'alternative légitime dans l'appréciation du lien causal, corps étranger en droit belge de la responsabilité ? », in *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, CUP, n° 157, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 116, n° 11.
 (30) J. VAN DONINCK, *op. cit.*,

n°s 196 et s., pp. 290 et s.
 (31) C.E.D.H., 21 février 1975, *Golder c. R.U.*
 (32) § 35 de l'arrêt.
 (33) C.E.D.H., 12 juillet 1988, *Schenck c. Suisse*, § 45 ; C.E.D.H., 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c. Portugal*, § 34, *J.L.M.B.*, 1998, 1149, obs. KUTY ; C.E.D.H., gr. ch., 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, §§ 94-96 ; C.E.D.H., 1^{er} juin 2010, *Gäfen c. Allemagne*, § 163.
 (34) Dans les affaires *Jalloh c. Allemagne* (11 juillet 2006) et *Göçmen c. Turquie* (17 octobre 2006), la Cour a jugé que l'utilisation de preuves recueillies au moyen d'actes qualifiés de torture ou de traitement inhumain

et dégradant compromettrait le caractère équitable du procès. Cette dernière circonstance est évidemment plus susceptible de se produire au pénal qu'au civil.
 (35) C.E.D.H., gr. ch., 10 mars 2009, *Bykov c. Russie* ; C.E.D.H., 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni* ; C.E.D.H., P.G. et J.H. c. *Royaume-Uni*, 25 septembre 2001.
 (36) Entre autres, parce que la jurisprudence est constante : C.E.D.H., 8 juillet 2021, *Berlizev c. Ukraine*, §§ 51-52 ; C.E.D.H., 16 février 2021, *Budak c. Turquie*, §§ 70-71 ; C.E.D.H., 25 septembre 2012, *El Haski c. Belgique*, §§ 82-83 ; C.E.D.H., gr. ch., 10 mars 2009, *By-*

liation assez évidente entre les critères principaux retenus par la Cour de cassation (fiabilité des preuves et respect du procès équitable) et la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme. Cependant, la Cour de Strasbourg a clairement fait savoir que son appréciation dans la matière est purement marginale et subsidiaire. On ne pourrait pas en dire autant de l'intervention de la Cour de cassation, dont on attend au contraire qu'elle balise de la manière la plus complète possible la matière de l'utilisation des preuves irrégulières en justice. C'est dire toute l'importance des critères secondaires énoncés par la Cour de cassation.

La Cour de cassation ne rencontre évidemment pas directement l'argumentaire de J. Van Doninck. Cela ne lui était pas demandé³⁷. Mais le fait qu'elle reproduise, en les adaptant, les critères énoncés dans l'arrêt de 2008 démontre implicitement qu'elle n'adhère pas à la thèse selon laquelle la jurisprudence *Antigone* civile relève du droit de la responsabilité civile. En effet, dans ce cas les critères d'appréciation auraient dû être différents.

7. Critères secondaires. — Cette espèce de « manuel de l'utilisateur » de la jurisprudence *Antigone* est donc lui aussi revu et corrigé. Les critères que le juge doit appliquer sont donc les suivants :

- la manière dont la preuve a été obtenue,
- les circonstances dans lesquelles l'illégalité a été commise,
- la gravité de l'illégalité et la mesure dans laquelle le droit de la partie adverse a été violé,
- le besoin de preuve de la part de la partie qui a commis l'illégalité et l'attitude de l'autre partie.

Ont donc disparu de cette liste : le caractère simplement formel de l'irrégularité, le caractère intentionnel ou non de l'irrégularité. Le critère de l'intentionnalité avait permis à certains juges d'écarter des preuves recueillies par la commission d'une infraction pénale : vol, *hacking*... Il était pourtant jugé particulièrement important par certains auteurs³⁸. Cela dit, les irrégularités commises dans la réception des preuves ne sont pas réalisées par inadvertance. Le caractère intentionnel est toujours présent. Tout au plus l'intéressé ne se rend-il pas toujours compte du caractère illégal ou déloyal de son comportement. Cela étant, l'aspect intentionnel de l'irrégularité ne disparaît pas vraiment et peut être examiné sous l'angle de « la manière dont la preuve a été obtenue ».

La balance entre la gravité de l'irrégularité dans la preuve et celle de la faute reprochée à l'adversaire n'apparaît plus qu'en filigrane. Il faut bien admettre que, poussée à l'extrême, elle induit des raisonnements pervers : plus la faute que vous reprochez à votre adversaire est grave, plus vous pouvez violer la loi pour récolter les preuves.

Il s'agit donc d'un véritable test de proportionnalité auquel le juge est invité³⁹. Il doit vérifier si l'illégalité était nécessaire, à défaut d'autres moyens plus adaptés de se procurer une preuve, et a été limitée au strict nécessaire pour procurer une preuve à la partie en manque de preuve (*bewijsnood*).

Dans l'affaire à l'origine de l'arrêt annoté, le juge du fond avait déjà examiné certains aspects de la question pour justifier sa position : « En écartant des débats cet enregistrement sonore comme "obtenu illégalement" aux seuls motifs que celui-ci "a été réalisé secrètement", que les parties "étaient déjà impliquées dans un litige et qu'il y avait déjà eu des discussions sur le prix de vente", qu'il "apparaît clairement que certaines déclarations ont été provoquées par [la demanderesse] afin de se procurer une preuve et avec l'intention d'utiliser la déclaration contre [les défendeurs]" et que "la demande pouvait également être prouvée par d'autres moyens légaux", le juge d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ».

La cour d'appel avait ainsi relevé que l'enregistrement était secret, que les parties étaient déjà en litige et que certaines déclarations de l'acheteur paraissent avoir été extorquées. Ceci relève clairement des circonstances dans lesquelles l'illégalité (l'enregistrement de la conversation téléphonique à l'insu de l'interlocuteur) a été commise. Elle relève aussi que la preuve aurait pu être obtenue d'une autre manière, conforme à la loi. Mais cela ne suffit pas aux yeux de la Cour de cassation. Comme souvent dans la jurisprudence de notre Cour suprême, il manque une étape dans le fil de sa démonstration : elle indique le principe, elle rappelle les éléments de la décision attaquée, puis déclare que cette décision n'applique pas correctement le principe, sans indiquer en quoi exactement celle-ci méconnaît la règle énoncée, laissant à l'interprète le soin de déduire (ou deviner) cette partie du raisonnement⁴⁰. Dans le cas présent, on peut supposer que la décision du juge du fond s'attire les foudres de la Cour parce qu'elle n'a pas apprécié la gravité du manquement et son incidence sur les droits de l'acheteur et n'explique pas en quoi une alternative légale existait. Mais, un mot d'explication supplémentaire s'imposait d'autant plus que l'enregistrement d'une communication téléphonique à laquelle on participe ne viole aucune loi⁴¹ ! En réalité, c'est la déloyauté du procédé (l'enregistrement à l'insu du correspondant) qui rendait la preuve irrégulière et non son illégalité.

On peut donc comprendre que le juge qui veut appliquer la jurisprudence *Antigone* ne peut se contenter d'une analyse superficielle et d'affirmations à l'emporte-pièce. Il doit « cocher toutes les cases » et rencontrer de manière complète les critères secondaires évoqués par la Cour de cassation, à défaut de quoi, la justification sera insuffisante.

Plus que jamais, les critères secondaires apparaissent déterminants dans l'examen du sort à réserver à la preuve irrégulière. C'est dans leur application que réside le cœur du test *Antigone*. On peut donc implicitement considérer que les critères principaux constituent une sorte de porte d'entrée : si la preuve n'est pas fiable ou si le procès équitable n'a pas été respecté, il n'est pas question d'aller plus loin. Mais si la preuve passe ce premier seuil, alors le juge devra examiner de manière plus précise la manière dont la preuve a été recueillie et l'impact de l'irrégularité sur les droits de la partie adverse. Cette articulation entre critères principaux et critères secondaires évite que l'examen des conséquences de l'irrégularité ne soit sommaire ou purement formel. Il ne suffit donc pas que la preuve soit fiable et ait pu faire l'objet d'un examen contradictoire. Ce sont toutes les facettes de la réception de cette preuve qui doivent être scrutées.

8. Conclusion. — Cet arrêt clôture une longue attente et fournit certaines réponses aux questions des praticiens. Enfin, *Antigone* revêt des atours plus civils. On appréciera avec l'écoulement du temps l'impact de cet arrêt sur la jurisprudence. Je terminais une étude publiée en 2017 par les propos suivants : « La réponse à ces questions variera évidemment d'un cas d'espèce à l'autre. Il faudra faire son deuil durant longtemps de tout espoir de trouver des lignes de conduite fortes et cohérentes dans la jurisprudence. On ne pourra pas non plus se départir de l'impression déplaisante que la jurisprudence en cette matière est devenue une sorte de loterie. Vos preuves sont irrégulières ? Tentez votre chance en justice ! Elles passeront peut-être la barre »⁴².

Cette observation reste d'actualité. Il appartiendra à chaque juge d'apprécier les circonstances du cas d'espèce. Tout au plus, l'examen attentif de la Cour de cassation contraindra les juges du fond à faire preuve de minutie dans la rédaction de leur motivation.

Dominique MOUGENOT

Juge au tribunal de l'entreprise du Hainaut
Maître de conférences invité à l'UNamur et l'UCLouvain

kov c. Russie, §§ 88-93 ; C.E.D.H., 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, § 34 ; C.E.D.H., *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, 25 septembre 2001, § 76 ; C.E.D.H., 1^{er} mars 2007, *Heglas c. République tchèque*, §§ 89-92 ; C.E.D.H., 5 novembre 2002, *Al-Ian c. Royaume-Uni*, § 42.

(37) Même si elle a pu prendre connaissance de cette thèse de doctorat, publiée en 2020, et de son résumé, publié au *R.W.* en avril 2021 (« Het lot van onrechtmatig bewijs : een grondslagenonderzoek », *R.W.*,

2020-2021, pp. 1283 et s.) — sachant en outre que le président de la chambre qui a rendu l'arrêt est membre honoraire du comité de rédaction de cette revue...

(38) S. GILSON, F. LAMBINET et H. PREUMONT, *op. cit.*, p. 35.

(39) Sur l'application du principe de proportionnalité, voy. : V. VANNES, *Le droit de grève. Concilier le droit de grève et les autres droits fondamentaux : recours au principe de proportionnalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 119 et s.

(40) Cet article n'est pas le lieu de discuter de « *l'imperatoria brevis* » de la Cour de cassation mais cette question donne aussi matière à réflexion. Voy. : C. CHAINAIS, « La motivation et le style des arrêts de la Cour de cassation française : vers un changement de paradigme ? », in C. CHAINAIS, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, A. SALETTI et B. HESS (dir.), *Quel avenir pour les juridictions suprêmes ? Études de droit comparé sur la cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2021, pp. 443 et s.

(41) Ce qui est interdit, c'est l'enregistrement de communications téléphoniques entre des tiers. Voy. article 314bis du Code pénal et article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

(42) D. MOUGENOT, « *Antigone* au milieu du gué », *op. cit.*, n° 42. Dans le même sens : K. ROSIER, « Illégalité d'un système de traçage GPS et preuve irrégulière », *J.L.M.B.*, 2020, p. 1355, n° 4.

