

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Réflexions sur les courriers électroniques et les pages web comme éléments de preuve dans la relation de travail

Rosier, Karen

*Published in:*

Le droit du travail à l'ère du numérique

*Publication date:*

2011

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for published version (HARVARD):*

Rosier, K 2011, Réflexions sur les courriers électroniques et les pages web comme éléments de preuve dans la relation de travail. dans *Le droit du travail à l'ère du numérique*. Anthemis, Limal, pp. 483-497.

#### 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.

# Réflexions sur les courriers électroniques et les pages web comme éléments de preuve dans la relation de travail

Karen ROSIER

Avocate au barreau de Namur

Chercheuse au Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS) – F.U.N.D.P.

Assistante à la faculté de droit des F.U.N.D.P.

## Introduction

1. Parmi les éléments de preuve soumis aux cours et tribunaux pour établir l'existence de motifs justifiant un licenciement, il est devenu banal de trouver des impressions d'e-mails, des listes de sites consultés ou encore des impressions de pages internet. Cela n'a donné lieu jusqu'à présent qu'à peu de jurisprudence publiée tant il est vrai que, dans la plupart des cas, la partie à qui on oppose ces éléments de preuve ne conteste généralement pas être l'auteur d'un e-mail ou avoir effectivement surfé sur internet. Les discussions se sont souvent concentrées sur la légalité des moyens mis en œuvre pour se procurer ces informations.

2. Il nous paraît toutefois intéressant de faire le point sur les principes qui gouvernent l'admissibilité, la valeur probante et la force probante de ces éléments de preuve au regard notamment des deux supports d'informations que sont les courriers électroniques et données contenues sur les pages web (chapitre 1). La question nous semble pouvoir nourrir un regain d'intérêt à l'aune de la jurisprudence *Antigoon* susceptible, de générer un nouveau cadre de réflexion sur l'administration de la preuve<sup>1</sup>. En effet, on peut se demander quels sont les liens à établir entre la fiabilité technique des preuves et la notion de crédibilité évoquée dans la jurisprudence *Antigoon*. C'est dans ce contexte que

---

<sup>1</sup> Voyez sur cette jurisprudence, le texte de B. MARECHAL consacré à la licéité de la preuve au sein du présent ouvrage.

nous nous proposons d'examiner les interactions entre les notions de loyauté et de fiabilité de la preuve qui sont régulièrement invoquées en matière de recevabilité des preuves et de les confronter aux critères retenus jusqu'à présent par la jurisprudence *Antigoon* en matière de recevabilité de la preuve (chapitre 2).

## Chapitre 1

### **Admissibilité, force probante et valeur probante des preuves recueillies via les technologies de communication**

#### Section 1

#### **Principes applicables**

3. La première question à se poser est celle de l'admissibilité de la preuve. Un mode de preuve est admissible en justice s'il est conforme aux dispositions légales qui traitent de la recevabilité. L'analyse de la recevabilité de la preuve recouvre à la fois la problématique de la licéité de la preuve traitée ci-avant<sup>2</sup>, et sur laquelle nous ne revenons pas à ce stade, et celle des moyens légalement admis par la loi pour administrer une preuve. On trouve également associé au problème de la recevabilité de la preuve, celui de la loyauté dans l'obtention des preuves. Nous y reviendrons sous le chapitre 2, *infra*.

4. La question de la légalité des modes de preuves admissibles dépend de l'existence d'un système hiérarchisé des preuves qui prévaudrait dans la matière concernée. On pense par exemple à l'article 1341 du Code civil qui impose l'exigence d'un écrit pour établir l'existence de certains contrats en matière civile.

En matière de licenciement, la preuve est libre en application de l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail. Ceci implique que l'on peut prouver les faits qui sont invoqués à l'appui du licenciement ou pour réfuter des allégations d'une autre partie par toutes voies de droit. Ainsi peut-on apporter la preuve de ce que l'on soutient par témoignage mais également en produisant des e-mails, des copies d'écran, des listes d'adresses web consultées (fichiers *log*), etc. Il est d'ailleurs fait de plus en plus usage de ces éléments dans le cadre des procédures judiciaires.

Si ces moyens de preuve sont admissibles, on peut toutefois se demander quelles sont leurs valeur et force probantes.

---

<sup>2</sup> Voyez le texte de B. MARECHAL consacré à cette problématique au sein du présent ouvrage.

5. À titre préalable, nous rappelons que «La force probante est l'intensité avec laquelle un mode de preuve lie le Juge et les parties»<sup>3</sup>. La force probante d'un élément de preuve est fonction de la valeur légale des procédés de preuves admis et hiérarchisés dans le cadre du système de preuve réglementé tel que celui du droit civil<sup>4</sup>.

6. La valeur probante de la preuve réside quant à elle dans son aptitude à emporter la conviction. Le juge apprécie librement la valeur probante des éléments qui lui sont soumis<sup>5</sup> alors qu'il est tenu par les *règles relatives à la force probante des modes de preuve*<sup>6</sup>. La force et la valeur probante d'une preuve sont parfois liées dans le sens où, plus la force probante d'une preuve est importante dans la hiérarchie des preuves, plus sa valeur probante est censée être forte et la marge d'appréciation du juge d'autant réduite. Ainsi, si dans le cadre de l'établissement des faits ayant donné lieu à un licenciement le juge n'est pas tenu par des contraintes liées aux moyens légalement admis par la loi pour administrer une preuve – tel que le principe de l'article 1341 du Code civil selon lequel on ne peut prouver contre ou outre un écrit<sup>7</sup> –, il demeure que la force probante attachée au type de preuve qui lui est soumise pourra influencer la valeur probante de celle-ci.

## Section 2

### Deux cas d'application

7. Nous proposons d'examiner deux types d'éléments de preuve sous l'angle de leur force et de leur valeur probante : les courriers électroniques (les e-mails) (point A) et les pages web (point B).

#### A. Le courrier électronique

8. Un e-mail peut soit constituer un acte sous seing privé, soit un simple écrit non signé valant comme présomption.

La notion d'écrit n'implique en effet 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

<sup>3</sup> D. MOUGENOT, « Les obligations – La preuve », *Rép. not.*, t. IV, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 75.

<sup>4</sup> Voyez à cet égard, S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit du travail » in *La preuve. Questions spéciales*, CUP, vol. n° 99, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 244-245.

<sup>5</sup> N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 33.

<sup>6</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 1699.

<sup>7</sup> Pour une description du champ d'application de cette disposition, voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 1674.

l'information, il y a lieu de considérer que l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pouvant être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission<sup>8</sup>. Ainsi en est-il d'un support tel qu'un courrier électronique, ou d'un sms d'ailleurs.

Ceci étant, cela ne suffit pas à constituer un acte sous seing privé au sens de l'article 1341 du Code civil. Encore faut-il que l'écrit soit signé.

L'article 1322, al. 2 du Code civil prévoit que, « peut satisfaire à l'exigence d'une signature, pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte »<sup>9</sup>. Dans ce cas, le courrier électronique est considéré comme un écrit et l'acte a la force probante d'un acte sous seing privé<sup>10</sup>.

La force probante et la valeur probante d'un écrit signé électroniquement sont tributaires des garanties qui entoureront la signature électronique.

Aux termes de l'article 1322, al. 2 du Code civil, le juge ne peut exclure la signature du simple fait qu'elle est électronique. Il doit vérifier si la signature électronique (entendue comme « un ensemble de données électroniques ») peut être imputée à une personne (c'est-à-dire permet de l'identifier et de montrer la volonté d'exprimer un consentement<sup>11</sup>) et établir le maintien de l'intégrité du document. Cette dernière condition implique le recours à une technique permettant de s'assurer que la signature est attachée à un écrit non altéré ou, à tout le moins, permettant de déceler toute altération non autorisée

<sup>8</sup> 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, vol. 57, 2002, pp. 97-81. Nous vous renvoyons également à la loi du 3 juin 2007 portant des dispositions diverses relatives au travail (M.B., 23 juillet 2007) et qui précise, entre autres, les règles applicables à la conclusion d'un contrat de travail par voie électronique.

<sup>9</sup> Le principe semble de prime abord limité à l'application de cette disposition qui prévoit en son alinéa 1 que « l'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique ». Selon P. Wery, D. Gobert et L. Kerzmann, le principe défini à l'article 1322, al. 2 n'est pas limité aux cas d'application de l'article 1322 et les termes « pour l'application du présent article » ne traduisent que la volonté du législateur de ne pas toucher aux dispositions spécifiques relatives à la preuve qui seraient prévues spécifiquement par ailleurs (P. WERY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *Guide juridique de l'entreprise*, Titre préliminaire, livre 2, p. 53).

<sup>10</sup> À l'instar d'une lettre missive signée qui est considérée par la doctrine et par la jurisprudence comme un acte sous seing privé (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 1767, p. 2390).

<sup>11</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 1718, p. 2340 et réf. citées; P. WERY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », *Guide juridique de l'entreprise*, Titre préliminaire, livre 2, p. 52.

du contenu<sup>12</sup>. Si ces conditions sont réunies, le juge doit assimiler la signature électronique à la signature manuscrite. La partie qui invoque l'existence d'une signature répondant à ces conditions doit prouver que celles-ci sont effectivement rencontrées. P. Van Ommeslaghe constate toutefois à cet égard que le juge ne procède à ce contrôle que si la signature est contestée au risque, si tel n'était pas le cas, de se saisir d'une contestation que l'on ne lui soumet pas<sup>13</sup>.

Ceci dit, il existe une hypothèse dans laquelle le juge n'a pas de pouvoir d'appréciation quant à la réunion de ces qualités techniques. L'article 4, § 4 de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques, le recommandé électronique et les services de certification 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 par une personne morale<sup>14</sup>. Dans ce cas, le juge ne peut conclure à l'absence d'une signature électronique.

Un acte dépourvu de signature répondant aux caractéristiques telles que définies à l'article 1322 du Code civil n'a pas la force probante d'un acte sous seing privé mais il pourra, le cas échéant, être pris en compte à titre de présomption, en tant qu'écrit<sup>15</sup>. Le juge est libre d'en apprécier la valeur probante<sup>16</sup>. Ceci étant, les signatures qui ne valent pas signature manuscrite 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 2001.

**9.** L'existence ou non d'une signature électronique aura également une incidence sur la manière de traiter les contestations quant à l'identité de l'au-

<sup>12</sup> P. WERY, D. GOBERT et L. KERZMANN, « La preuve », Guide juridique de l'entreprise, Titre préliminaire, livre 2, p. 53.

<sup>13</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 1718, p. 2340.

<sup>14</sup> Ces concepts sont définis dans la loi du 9 juillet 1991

<sup>15</sup> D. MOUGENOT, *Les obligations – La preuve, Rép. not.*, tome IV, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 200 et 311 ; P. VAN OMMESLAGHE estime que la condition de l'inaltérabilité ne doit pas être retenue comme une caractéristique exigée pour la qualification d'écrit, un document écrit manuscritement pouvant tout autant qu'un document électronique être altéré (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 1707, p. 2324). Cette caractéristique n'est d'ailleurs pas reprise dans la définition donnée à la notion d'écrit de l'article 16, §2 de la loi du 11 mars 2003 (voy. en ce sens : F. MOURLON, BEERNAERT et A. GAUDY, « Moyens de preuve et leur force probante », in *Traité théorique et pratique des obligations*, Bruxelles, Kluwer, 2004, Vol. 2, Titre 4, VI.4.4.-9). Cette position n'est pas partagée par tous (cf. la contribution de H. JACQUEMIN au sein du présent ouvrage, « La conclusion du contrat de travail par voie électronique », n° 37).

<sup>16</sup> D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, 2001, pp. 119-120.

teur d'un message. S'il y a signature électronique au sens de l'article 1322 du Code civil ou de l'article 4, § 4 de la loi du 9 juillet 1991 précitée, les règles de droit commun portant sur la vérification d'écriture seront applicables à la signature contestée<sup>17</sup>.

En matière sociale, et à notre connaissance, les courriers électroniques produits aux débats ne le sont généralement pas dans le format original d'e-mail, c'est-à-dire tels qu'on pourrait les consulter dans une boîte mail, mais ils sont généralement matérialisés sous la forme d'une impression sur papier de l'e-mail. Il s'agit d'ailleurs principalement de courriers électroniques dépourvus de toute signature électronique. Un simple courrier électronique au sein duquel figure le nom de l'expéditeur ne suffit pas, à notre sens, à le qualifier d'écrit signé électroniquement dès lors qu'il n'y a ni garantie quant à l'identification de l'auteur, ni mécanisme garantissant l'intégrité du contenu du message<sup>18</sup>. Il en est de même du SMS. Il s'agit donc d'écrits (non signés) pouvant être pris en compte à titre de présomptions.

Il existe, par ailleurs, très peu de jurisprudence remettant en cause la valeur probante d'un e-mail. Nous épingleons un arrêt de la Cour d'appel de Gand du 10 mars 2008 qui avait à se prononcer sur cette question<sup>19</sup>. Dans un litige en matière commerciale, l'entreprise à qui on réclamait le paiement de factures invoquait, pour s'opposer au règlement de celles-ci, l'existence d'un accord formalisé par l'envoi de plusieurs e-mails. Il produisait des impressions d'e-mails. Le créancier, un consultant qui prestait au sein de cette entreprise, faisait valoir qu'il n'avait jamais reçu lesdits courriers et que ceux-ci avaient été fabriqués de toute pièce pour les besoins de la cause. En première instance, un expert avait été désigné et avait conclu que, dès lors que l'entreprise utilisait un système de messagerie interne, elle disposait de la possibilité technique de manipuler ledit système et qu'il ne pouvait garantir que les e-mails avaient effectivement été reçus par le consultant. La Cour a estimé qu'en l'espèce les impressions d'e-mails n'avaient aucune valeur probante.

**10.** Au passage, on notera que la Cour énonce qu'il appartient à celui qui se prévaut desdits e-mails d'établir qu'ils ont été envoyés et effectivement reçus et non au consultant de prouver que ces e-mails auraient été créés frauduleusement. Ceci dit, la réflexion en matière de la charge de la preuve et d'administration de celle-ci en cas de contestations liées à l'envoi ou à la réception

<sup>17</sup> Cf. articles 1323 et 1324 C. civ.; voy. à cet égard : P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 1794, p. 2341 et pp. 2378 et s.

<sup>18</sup> Voyez en ce sens : P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 1794, p. 2422 ; D. MOUGENOT, « La preuve : Évolution et révolution » in *Le droit et les obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Chartre, 2004, pp. 172-173.

<sup>19</sup> Gand (7<sup>e</sup> ch.bis), 10 mars 2008, D.A.O.R., 2009, n° 91, p. 314, note E. MONTERO.

de communications électroniques est quasiment inexistante à l'heure actuelle. Sans doute cela s'explique-t-il par le fait qu'il y a peu de décisions dans lesquelles le juge a été amené à se pencher sur cette question et que l'attention de la doctrine s'est focalisée sur les courriers signés électroniquement même si, dans la pratique, la grande majorité des échanges par voie électronique se fait par des courriers dépourvus de toute signature électronique. On se trouve face à un nouveau genre de correspondance non manuscrite, non signée mais qui peut être imputée à une personne par référence à l'adresse e-mail utilisée et/ou au nom de l'auteur du message intégré dans celui-ci.

## B. Les informations se trouvant sur un site internet

11. Les pages internet peuvent également contenir des informations susceptibles d'entrer en jeu dans le cadre d'un licenciement. Le fait qu'un travailleur soit l'auteur d'un comportement concurrentiel déloyal pourrait par exemple résulter de pages d'un site internet dans lesquelles il fait la promotion de son activité parallèle. Le développement de l'utilisation des réseaux sociaux amène également son lot de questions à ce sujet et notamment en ce qui concerne la production de pages issues de tels sites.

Indépendamment de la question de la licéité de la preuve, se pose celle de la valeur et de la force probante de la page internet. Tout comme l'e-mail non signé électroniquement, le contenu d'une page web pourrait valoir comme présomption. À l'instar de l'e-mail, l'élément de preuve n'est pas soumis aux juridictions dans son format original. C'est une impression des pages web concernées qui sera soumise à la contradiction. Bien souvent, en effet, les parties se contentent d'une simple impression des pages concernées ou d'une impression d'écran (en utilisation de la fonction de *print screen*). Pourtant, comme le relèvent T. Van Canneyt et Ch. Verdure, ce genre de preuve est aisément manipulable<sup>20</sup>. Force est toutefois de constater que la fiabilité de la preuve est rarement remise en cause en pratique. Afin de renforcer la valeur probante de la preuve ainsi obtenue, on peut songer à faire procéder à un constat d'huissier<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> T. VAN CANNEYT et Ch. VERDURE, « La validité des constats d'huissier relatifs à des sites internet », *R.D.T.I.*, 2009, n° 34, p. 49.

<sup>21</sup> Voy. à cet égard T. VAN CANNEYT et Ch. VERDURE, « La validité des constats d'huissier relatifs à des sites internet », *R.D.T.I.*, 2009, n° 34, pp. 47 et s. et E. LEROY et A. ROGER, « Statut, fonctions et responsabilité de l'huissier de justice », *Ius & Actores*, 2009/3, pp. 76 et s.



## Chapitre 2

### Liens entre recevabilité, fiabilité et loyauté

12. L'utilisation des technologies de communications nouvelles a donné lieu à un nombre croissant de litiges posant la question de la recevabilité de ces preuves au regard essentiellement des règles assurant la protection de la vie privée des citoyens et dont peuvent se prévaloir les travailleurs dans le cadre de la relation de travail.

En matière de preuve, la recevabilité des éléments soumis au juge est méthodologiquement la première à se poser.

Le principe de base développé en doctrine et en jurisprudence était celui de l'irrecevabilité. Dans un arrêt du 10 mars 2008<sup>22</sup>, la Cour de cassation applique la jurisprudence *Antigoon* à un litige en matière sociale, ce qui laisse penser que ladite jurisprudence est susceptible d'être invoquée à présent indistinctement en matière civile et pénale. Avant le prononcé de cet arrêt, plusieurs juridictions sociales avaient refusé d'appliquer cette jurisprudence en se fondant sur le fait que les arrêts ayant été rendus en matière pénale, il n'y avait pas lieu de s'y référer en matière civile<sup>23</sup>. On attendait la réaction des juridictions de fond. Depuis lors, plusieurs décisions rendues ont évoqué l'application de cette jurisprudence dans le cadre de litiges liés à des licenciements<sup>24</sup>. On relève toutefois des décisions n'appliquant pas cette jurisprudence en matière

<sup>22</sup> Cass., 10 mars 2008, *Or.*, 2008, p. 172, note I. PLETS; *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note R. DE BAERDEMAEKER; *NjW*, 2010, p. 195, note K. VAN KILDONCK.

<sup>23</sup> Trib. trav. Liège (3<sup>e</sup> ch.), 19 mars 2008, R.G. n° 360.454, [www.cass.be](http://www.cass.be); Trib. trav. Liège (3<sup>e</sup> ch.), 6 mars 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 498, note K. ROSIER et S. GILSON; *J.L.M.B.*, 2008, p. 389; C. trav. Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 9 janvier 2007, R.G. n° 45.657, inédit; Trib. trav. Bruxelles (3<sup>e</sup> 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.hrttoday.be](http://www.hrttoday.be). Pour une application de la jurisprudence de la Cour de cassation dans un litige civil, voyez cependant l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Mons le 2 mai 2005 (Mons, [1<sup>er</sup> ch.], 2 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 438).

<sup>24</sup> Voy. par exemple: Trib. trav. Gand, 1<sup>er</sup> septembre 2008, R.G. n° 175054/06, [www.cass.be](http://www.cass.be); C. trav. Anvers (section Hasselt), 2 septembre 2008, R.G. n° 2070230, inédit, note K. ROSIER, *Orientations*, 2009, n° 6, pp. 22 et s.

sociale<sup>25</sup> même si la doctrine se résigne à prendre acte d'une affirmation de l'application de la jurisprudence *Antigoon* aux litiges civils<sup>26</sup>.

La problématique se trouve donc dédoublée puisqu'il y a lieu de déterminer si la preuve a été obtenue de manière régulière ou non et, dans la négative, de déterminer les conséquences à y attacher.

**13.** La jurisprudence de la Cour de cassation a dégagé trois hypothèses dans lesquelles le juge doit écarter les preuves recueillies illicitement. En sus de la méconnaissance d'une formalité prescrite à peine de nullité, on retrouve les cas où l'irrégularité compromet le droit à un procès équitable ou entache la fiabilité de la preuve.

Elle précise également qu'il appartient au juge « d'apprécier l'admissibilité d'une preuve obtenue illicitement à la lumière des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques compte tenu des éléments de la cause prise dans son ensemble, y compris le mode d'obtention de la preuve et les circonstances dans lesquelles l'illicéité a été commise »<sup>27</sup>. Les critères retenus par la Cour de cassation<sup>28</sup>, non exhaustifs il est vrai, sont toutefois fortement ancrés dans une logique pénaliste et non aisément transposables à la matière qui nous occupe.

**14.** Nous nous proposons dès lors d'examiner comment la jurisprudence récente a envisagé les questions liées à la fiabilité de la preuve et les interactions de cette notion avec celles de la loyauté et de la recevabilité.

<sup>25</sup> Ainsi, le Tribunal du travail de Liège confronté à une preuve recueillie en violation de la C.C.T. n° 81 décida-t-il que « les motifs graves [...] ont été recueillis illégalement et ne peuvent fonder le licenciement pour motif grave », esquivant ainsi une analyse de la question à l'aune de la jurisprudence *Antigoon* (Trib. trav. Liège, 3 septembre 2008, R.G. n° 371.015, [www.cass.be](http://www.cass.be)). Plus récemment, dans un arrêt du 5 novembre 2009, la Cour du travail de Bruxelles considère à propos de l'arrêt du 10 mars 2008 précité que « cet arrêt n'a pas la portée que [l'intimée] entend lui donner: il a été rendu en matière pénale et repose sur l'idée que le juge qui procède à l'appréciation d'une preuve illicitement recueillie ne peut l'écarter qu'après avoir mis en balance la gravité de l'infraction et la gravité de l'irrégularité qui a contribué à établir cette infraction » (C. trav. Bruxelles [2<sup>e</sup> ch.], 5 novembre 2009, R.G. n° 2009/AB/52381, [www.cass.be](http://www.cass.be)).

<sup>26</sup> Voy. not. R. DE BAERDEMAEKER, « Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie: quand la fin justifie les moyens... », *J.L.M.B.*, 2009, p. 584; F. KÉFER, « Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve », *R.C.J.B.*, 2009, pp. 340 à 342; K. VAN KILDONCK, « Privacy werknemers. Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk », *NjW*, 2010, n° 218, p. 183.

<sup>27</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 23 mars 2004, n° P.04.0012.N, [www.cass.be](http://www.cass.be).

<sup>28</sup> 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,...

## Section 1

**Recevabilité et fiabilité**

15. Nous nous intéressons à deux questions liées à l'administration de la preuve dans le cadre des litiges liés à un licenciement : l'utilisation des « nouvelles technologies » en ce que cela implique une violation du droit au respect de la vie privée et le sort à réserver à des preuves irrégulièrement recueillies, d'une part, et la valeur probante des preuves ainsi récoltées, d'autre part. La première donne lieu à un contentieux important en matière sociale<sup>29</sup> et à de nouveaux débats à l'aune de la jurisprudence *Antigoon*<sup>30</sup>. La seconde semble à l'heure actuelle faire peu de vagues. Toutefois, eu égard à l'application de la jurisprudence *Antigoon* par certaines juridictions aux litiges en matière civile<sup>31</sup>, et ce après l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008<sup>32</sup>, la question de la fiabilité de la preuve pourrait se retrouver au centre de davantage d'attention.

Encore faut-il bien cerner le type de problème de fiabilité rencontrée.

En effet, comme rappelé dans la contribution de Benoît Maréchal<sup>33</sup>, la Cour énonce dans son arrêt du 10 mars 2008 que « Sauf en cas de violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, la preuve illicitement recueillie ne peut être écartée que si son obtention est entachée d'un vice qui est préjudiciable à sa crédibilité ou qui porte atteinte au droit à un procès équitable ».

16. Dans l'arrêt *Lee Davies* du 28 juillet 2009, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcé sur la validité, au regard de l'article 6 de la C.E.D.H.,

<sup>29</sup> Voy. not. : R. DE BAERDEMAEKER et M. KOKOT, « Protection de la vie privée et contrat de travail », *J.T.T.*, 2006, pp. 1 à 13 et « Droit social : contrôle de l'usage des technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail », *R.D.T.I.*, 2009, n° 35, pp. 126-140.

<sup>30</sup> Cf. la contribution de B. MARECHAL consacrée à la licéité de la preuve au sein du présent ouvrage. Voy. également : K. ROSIER et Th. LÉONARD, « La jurisprudence « Antigoon » face à la protection des données : salvatrice ou dangereuse ? », *R.D.T.I.*, 2009, n° 36, pp. 5-10 ; F. KÉFER, « Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve », *R.C.J.B.*, 2009, pp. 340 à 342 ; K. VAN KILDONCK, « Privacy werknemers. Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk », *NjW*, 2010, n° 218, p. 183.

<sup>31</sup> Trib. trav. Gand, 1<sup>er</sup> septembre 2008, R.G. n° 175054/06, [www.cass.be](http://www.cass.be) ; C. trav. Anvers (section Hasselt), 2 septembre 2008, R.G. n° 2070230, inédit, note K. ROSIER, *Orientations*, 2009, n° 6, pp. 22 et s. ; Mons, (6<sup>e</sup> ch.), 20 juin 2008, *J.L.M.B.*, p. 1718 qui se fonde sur l'arrêt *Manon* en indiquant que « une évolution récente de la jurisprudence de la Cour de cassation, dont il convient d'étendre les effets à la matière fiscale, permet au juge d'atténuer les conséquences de certaines irrégularités affectant l'obtention d'une preuve en lui laissant un pouvoir d'appréciation assez large ».

<sup>32</sup> Cass., 10 mars 2008, *Or.*, 2008, p. 172, note I. PLETS ; *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note R. DE BAERDEMAEKER ; *NjW*, 2010, p. 195, note K. VAN KILDONCK. Pour une décision postérieure à cet arrêt qui estime que cette jurisprudence ne trouve pas à s'appliquer en matière civile, voy. C. trav. Bruxelles (2<sup>e</sup> ch.), 5 novembre 2009, R.G. n° 2009/AB/52381, [www.cass.be](http://www.cass.be).

<sup>33</sup> Voy. la contribution de B. MARECHAL consacrée à la licéité de la preuve au sein du présent ouvrage.

de la jurisprudence *Antigoon* de la Cour de cassation<sup>34</sup>. La Cour rappelle que l'article 6 ne régleme pas l'admissibilité des preuves en tant que telle, de sorte que cette matière doit être réglée par le droit interne et qu'il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur le principe de l'admissibilité des preuves recueillies illégalement. En revanche, il lui revient d'examiner si la procédure a été équitable dans son ensemble. La Cour examine les circonstances dans lesquelles la preuve a été recueillie, et ce dans la perspective de vérifier la fiabilité de la preuve et son exactitude au regard des circonstances dans lesquelles elle a été obtenue. Elle constate à cet égard que le caractère inéquitable du procès pourrait naître non seulement d'une impossibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation (hypothèses peu probables eu égard au système judiciaire belge) mais également du fait que l'élément de preuve est faible ou douteux.

Le souci de la crédibilité de la preuve est repris comme une hypothèse particulière dans laquelle un élément de preuve devrait être écarté en application des critères dégagés par la jurisprudence de la Cour de cassation belge. La Cour estime ainsi que si l'irrégularité entache la crédibilité de la preuve, elle doit être écartée. Il ne semble toutefois pas ici question du manque de fiabilité de la preuve inhérent au support de celle-ci (e-mail, information recueillie sur internet) mais d'un manque de crédibilité résultant de la manière dont la preuve a été obtenue.

Sur le plan des principes, il nous semble donc *a priori* qu'il convient de distinguer la fiabilité entachant la valeur probante d'un élément de preuve et qui permettrait au juge de considérer que la preuve n'est pas apte à emporter sa conviction – et ce, sans avoir à se prononcer sur un éventuel problème de licéité de la preuve – et une irrégularité qui serait de nature à entamer la crédibilité d'un élément de preuve et qui pourrait conduire à l'écartement pur et simple de celui-ci des débats.

## Section 2

### Recevabilité et loyauté

17. Certaines décisions lient la question de la recevabilité d'une preuve au respect d'un principe de loyauté. Ce principe de loyauté été par exemple été invoqué en matière civile par la Cour de cassation française dans un arrêt rendu le 23 mai 2007<sup>35</sup>. Aux termes de cet arrêt la Cour avait considéré que « Si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectuée à l'insu

<sup>34</sup> Cour eur. D.H., Arrêt *Lee Davies c. Belgique*, 28 juillet 2009, requête n° 18704/05, <http://www.echr.coe.int/echr/>.

<sup>35</sup> Cass. Fr., 23 mai 2007, n° pourvoi 06-43209, [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org).

de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable, en justice, la preuve ainsi obtenue, il n'en n'est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits sms, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur»<sup>36</sup>.

Le lien entre recevabilité et loyauté a été établi également au regard de l'exigence du respect du droit à un procès équitable. Dans ce cadre, il a été considéré que la provocation pouvait nuire au respect du droit à un procès équitable. Nous relevons en ce sens un arrêt de la Cour d'appel de Mons du 2 mars 2010<sup>37</sup>. La Cour avait à connaître d'un litige portant sur la recevabilité à titre de preuve d'un rapport de détective privé établi dans des circonstances particulières. L'IPI (Institut professionnel des agents immobiliers), soupçonnant une personne d'exercer la profession sans avoir l'agrément nécessaire, et ce, en lieu et place de sa compagne qui, elle, était détentrice de cette agrément, charge un détective privé de vérifier ce qu'il en était. Celui-ci, se faisant passer pour un client potentiel, rapporte que c'est la personne soupçonnée d'imposture qui répond effectivement à ses diverses demandes d'informations. La Cour considérera que l'intervention du détective privé doit demeurer compatible avec le droit au respect de la vie privée et avec la loi du 8 décembre 1992 qui impose de fournir à la personne concernée certaines informations préalablement à la mise en œuvre du traitement par le détective<sup>38</sup>. En l'espèce, le détective avait celé son identité véritable et n'avait pas fourni d'information sur ce qu'il entendait faire des réponses obtenues aux questions posées à la personne concernée. La Cour a estimé que « cette illégalité ne pourrait être couverte dès lors qu'elle conduit en l'espèce à une méconnaissance des principes relatifs au procès équitable, notamment dans la mesure où F. H. d'une part, n'a pas été mis en mesure d'identifier la "personne" rencontrée par le détective et de pouvoir ainsi apporter des éléments de contradiction avec les propos rapportés et, d'autre part, n'a été à aucun moment informé du but réel du coup de téléphone passé par un prétendu amateur dans un contexte relevant de la provocation ». Elle a dès lors décidé d'écarter le rapport du détective des débats.

<sup>36</sup> Notez que sur le fond du problème, la Cour de cassation belge a considéré quant à elle que « le seul fait d'enregistrer une telle conversation à laquelle on intervient soi-même, n'est pas illicite même si cet enregistrement est fait à l'insu des autres intervenants » (Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 9 septembre 2008, P08.0276.N, [www.cass.be](http://www.cass.be)).

<sup>37</sup> Mons (14<sup>e</sup> Ch.), 2 mars 2010, *J.T.* n° 6393, 2010, p. 296, note D. MOUGENOT.

<sup>38</sup> Il s'agit à tout le moins de l'existence d'un traitement portant sur ses données, des finalités de celui-ci ainsi que l'identité et les coordonnées du responsable de traitement (art. 9, §1<sup>er</sup> de la loi du 8 décembre 1992).

Cette position liant droit à un procès équitable et principe de loyauté a toutefois été critiquée par B. Allemeersch qui insiste sur le fait que tout procédé déloyal ne peut être qualifié de violation du droit à un procès équitable<sup>39</sup>.

### Section 3

## Loyauté et fiabilité

**18.** La question de la loyauté peut également avoir une incidence sur la fiabilité de la preuve recueillie comme l'illustre une décision de la Cour du travail de Bruxelles du 5 novembre 2009<sup>40</sup> qui fait siens les principes dégagés précédemment par la Cour d'appel d'Anvers : « En matière civile et contractuelle, il a été jugé que la transcription d'un enregistrement d'une conversation intervenue entre parties est un mode de preuve qui doit être rejeté et ce, aux motifs que le recours à pareil procédé, à l'insu de l'interlocuteur, constitue une indécicatesse qui peut laisser supposer que la personne qui l'utilise est capable de fausser les règles de la bonne foi qui doit présider à l'exécution d'une convention et que les modalités de l'enregistrement n'apportent, en outre, aucune certitude que les propos reproduits sont le reflet de la réalité et que l'enregistrement a été intégral (Cour d'appel Bruxelles, 16 décembre 1987, R.G. n° 84/1168) ».

La Cour du travail en retient des conséquences tant sur le plan de la recevabilité de la preuve (elle rejette la transcription d'un enregistrement sonore comme étant une preuve irrégulière) que sur le celui de la valeur probante de la preuve ainsi recueillie (elle considère que c'est « à bon droit que le jugement dont appel a estimé ne pouvoir attacher de valeur probante à l'enregistrement produit et à sa retranscription dactylographiée »).

Dans un même ordre d'idées, F. Kéfer relève plusieurs décisions qui ont conclu à l'absence de fiabilité de la preuve en raison du fait que la preuve avait été obtenue suite à une provocation vis-à-vis de la personne à qui on oppose la preuve<sup>41</sup>. Il s'agit d'une appréciation au cas par cas mais dans laquelle le support de la preuve n'entre pas spécifiquement en ligne de compte.

<sup>39</sup> B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », in *Gerechtigd recht*, Bruges, Die Keure, 2010, pp. 48-50.

<sup>40</sup> C. trav. Bruxelles (2<sup>e</sup> ch), 5 novembre 2009, R.G. n° 2009/AB/52381, www.cass.be.

<sup>41</sup> F. KÉFER, « Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve », *R.C.J.B.*, 2009, p. 344.

## Conclusion

**19.** La question de la production d'e-mail ou du contenu de pages web consultées par le travailleur peut être envisagée sous deux angles : la manière dont l'information est obtenue et la valeur probante de l'élément de preuve ainsi produit.

Si la question de la licéité de la preuve doit être distinguée de celle de sa valeur probante, on constate que des confusions pourraient naître lorsqu'un problème de fiabilité de la preuve est mis en évidence.

En réalité, le type de « sanction » au manque de fiabilité est fonction de l'origine de celle-ci. Si le déficit de fiabilité trouve son origine dans une irrégularité commise dans le cadre de l'obtention ou de la production de la preuve ou dans un procédé déloyal, la sanction serait l'irrecevabilité. Dans la négative, le manque de fiabilité se répercutera sur la valeur probante de la preuve.

**20.** Sur le plan de la recevabilité, les irrégularités en cause en matière de licenciement en lien avec les technologies de la communication procèdent généralement de la violation de règles assurant le droit au respect de la vie privée (article 8 de la C.E.D.H., loi du 13 juin 2005 sur les communications électroniques, article 314*bis* du Code pénal, loi du 8 décembre 1992, C.C.T. n° 81, C.C.T. n° 68). Nous n'avons pas relevé de jurisprudence faisant le lien entre une violation de ce droit et une répercussion sur la fiabilité de la preuve.

Les dispositions assurant le respect de la protection de la vie privée régulièrement invoquées dans les litiges en matière de licenciement pour demander l'écartement de la preuve n'ont pas pour objectif de garantir la fiabilité ou la crédibilité des constats qui pourraient être effectués. En effet, les principes gouvernant la protection du droit au respect de la vie privée sont ceux de la transparence et de la proportionnalité par rapport à des finalités légitimes et ils ne sont pas là pour garantir la fiabilité des informations collectées. Ainsi l'absence d'information préalable lors du placement d'une caméra de surveillance ou de l'instauration d'un contrôle des données de communication des travailleurs ne remet pas en cause la fiabilité des constats opérés lors des contrôles.

Les comportements épingleés en jurisprudence comme susceptibles d'entamer la fiabilité de preuves obtenues relèvent davantage de la provocation que de la simple absence d'information.

Nous avons ainsi relevé quelques décisions qui avaient conclu à l'irrecevabilité des preuves produites en raison du fait qu'elles avaient été obtenues selon un procédé déloyal.

On constate qu'il existe une certaine fluctuation dans les interactions entre les trois concepts de recevabilité, loyauté et fiabilité. Tantôt la provocation déloyale remettra en cause la fiabilité de la preuve, tantôt on considère qu'elle engendre une atteinte au droit à un procès équitable. On constate que dans l'arrêt *Lee Davies* précité, la Cour européenne des droits de l'homme lie d'ailleurs les deux.

**21.** La preuve déclarée recevable ou dont la recevabilité n'est pas mise en cause doit en outre être admissible au sens où le mode de preuve doit être conforme à ce qui est exigé par la loi. Dans le cadre de la preuve des faits donnant lieu à un licenciement, la règle qui prévaut est celle de la preuve libre en vertu de l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978. Tant les témoignages que les présomptions sont admis. Dès lors, tant le contenu d'un site internet que des échanges e-mails peuvent être invoqués.

Le manque de fiabilité de la preuve liée à l'absence de garanties suffisantes quant à l'auteur des messages, l'intégrité des communications, la réalité de l'envoi et de la réception des messages aura alors une incidence sur la valeur probante de l'élément de preuve et son aptitude à emporter la conviction du juge. Comme nous l'avons toutefois souligné, les développements législatifs sur l'adaptation des notions d'écrits et de signature à des applications électroniques et les études doctrinales à ce sujet restent encore à ce jour bien éloignés de la réalité tant il est peu fait usage de véritables signatures électroniques, au sens de la loi, dans les communications électroniques. L'absence effective des garanties techniques imaginées par le législateur pour créer une équivalence entre documents papier signés et écrits signés numériquement ne semble toutefois pas donner lieu à de nombreuses contestations sur la fiabilité des preuves à l'heure actuelle.