

Conférence de l'AJPDS

Support de la conférence du 20 octobre 2009

« La recevabilité des nouveaux modes de preuve en droit social »

Steve GILSON

*Avocat au Barreau de Namur
Maître de Conférences à la Faculté de Droit de
l'U.C.L
Chargé de Cours à l'ICHEC*

gilson.avocat@skynet.be
www.gilson-avocat.be

Karen ROSIER

*Avocate au Barreau de Namur
Assistante à la Faculté de Droit des FUNDP
Chercheuse Senior au Centre de Recherches
Informatique et Droit (Crid), FUNDP*

k.rosier@avocat.be
www.rosier-avocat.be

Liste des documents fournis avec l'aimable autorisation des éditions Anthemis:

S. GILSON, K. ROSIER et E. DERMINE, « La preuve en droit du travail » in *La preuve. Questions spéciales*, F. KUTY et D. MOUGENOT (dir.), CUP, Anthemis, 2008, pp.180 à 274 (extraits)

K. ROSIER, « La jurisprudence Antigone applicable aux litiges civils ? », *B.S.J.*, 2008, n°395, p. 6

K. ROSIER, « Le Tribunal du travail de Gand applique la jurisprudence Antigone dans un litige social », *B.S.J.*, 2008, n°397, p. 3.

K. ROSIER, « Celui qui voulait surfer à l'insu de son employeur... », *B.S.J.*, 2009, n° 405, p. 6

Voir aussi notamment :

K. ROSIER, « Droit social : contrôle de l'usage des technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail » (Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008)), *R.D.T.I.*, 2009, n° 35, pp. 126-14

K. ROSIER, « Le cybercontrôle des travailleurs contrôlé par le Juge », *Orientations*, 2009, n° 6, pp. 22-26

S. GILSON, « Introduction : spécificité et enjeu de la protection des données à caractère personnel ans les relations de travail », in *Défis du droit à la protection de la vie privée*, Cahiers du C.R.I.D. n°31, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 261-269

K. ROSIER et S. GILSON, « Licéité de la preuve et droit au respect de la vie privée : principes et sanctions : note sous Cour. trav. Mons (2e ch.), 18 février 2008 et Cour trav. Mons (3e ch.), 22 mai 2007 », *R.D.T.I.*, 2008, n° 31, pp. 229-258

K. ROSIER et S. GILSON, « Non-respect de la vie privée du travailleur dans le recueil de la preuve du motif grave : quand l'abusé devient abuseur... », *R.R.D.*, 2007, pp. 498-508

5

La preuve en droit du travail

Steve GILSON

*avocat,
maître de conférences à l'U.C.L.,
chargé de cours à l'I.C.H.E.C. et au C.P.F.B.*

Karen ROSIER

*avocate,
assistante aux F.U.N.D.P.,
chercheuse au Crid*

Elise DERMINE

avocate, assistante à l'U.C.L.

SOMMAIRE

Introduction	180
SECTION 1	
Objet de la preuve	181
SECTION 2	
Charge de la preuve	187
SECTION 3	
Administration de la preuve	212
SECTION 4	
Distinction entre recevabilité, force probante, valeur probante et licéité des preuves	215
SECTION 5	
Licéité de la preuve	217
SECTION 6	
Modes de preuve	244
Conclusions	273

B. Le rôle du juge

1. La recherche même d'office de la preuve

56. S'il est exact qu'en vertu de la nature du caractère 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 lieux ¹⁶⁵.

Il est désormais admis que « le juge peut prendre des initiatives dans le cadre de la réception des preuves, il a même le devoir d'ordonner toutes les mesures d'instruction qui lui paraissent indispensables » ¹⁶⁶. 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.

2. L'appréciation de la valeur probante

57. Il appartient toujours au juge d'apprécier la valeur probante des éléments qui lui sont soumis ^{167 168}.

C. Le caractère contradictoire de la preuve

58. La juridiction ne peut, normalement, admettre que les preuves qui ont pu faire l'objet de débats contradictoires ¹⁶⁹.

Un devoir de loyauté pèse donc sur les parties tant dans la phase de collecte de la preuve (c'est la question de la licéité de la preuve que nous abordons *infra*) que dans la production judiciaire des preuves.

^{165.} D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 70.

^{166.} D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2004, p. 31 et *réf. cit.*

^{167.} N. VERHEYDEN-JEANNART, *op. cit.*, p. 33.

^{168.} Voyez *infra* : section 4. Distinctions entre recevabilité, force probante, valeur probante.

^{169.} N. VERHEYDEN-JEANNART, *op. cit.*, p. 23.

Distinction entre recevabilité, force probante, valeur probante et licéité des preuves

59. Comme le relève D. Mougenot ¹⁷⁰, il y a lieu de distinguer la recevabilité, la force probante d'une preuve et la valeur probante. Ces trois concepts se distinguent par ailleurs de la notion de « licéité » (voy. section 5, *infra*).

A. Recevabilité

60. Selon D. Mougenot, la recevabilité traite « de l'admissibilité d'un mode de preuve en justice, de sorte que la preuve irrecevable doit être rejetée d'office par le juge, sans qu'il puisse en examiner le fondement et la portée ».

Un mode de preuve est admissible en justice s'il est conforme aux dispositions légales qui traitent de sa recevabilité. D. Mougenot place, dans cette notion, notamment la question de la conformité aux dispositions qui exigent un écrit pour la preuve d'un acte juridique, comme par exemple l'article 1341 du Code civil (ce qui nous paraît toutefois relever plus de la force probante). Il y place également la question de l'interdiction de recourir à certains modes de preuve qui violent le secret professionnel ou la vie privée ce qui rejoint la problématique de, ce que nous appellerons *infra* la licéité de la preuve qui concerne essentiellement les conditions de la collecte de la preuve.

On pourrait mettre également cette question en rapport avec l'analyse de la loyauté dans l'obtention de la preuve. Ce principe est surtout présent en matière pénale. On peut notamment citer l'interdiction, dans certaines hypothèses, de la provocation à la commission d'une infraction. Ce principe de loyauté a été récemment invoqué en matière civile par la Cour de cassation française dans un arrêt rendu le 23 mai 2007 ¹⁷¹. Nous en verrons certaines illustrations dans le cadre de la production du contenu de communications électroniques par une des parties à la communication ¹⁷².

^{170.} « Le régime probatoire de la photocopie et du télécopie », in *La preuve*, Formation permanente CUP, 2002, vol. 54.

^{171.} Cass. fr., 23 mai 2007, n° 06-43209, www.droit-technologie.org : « Si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectuée à l'insu 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 S.M.S., dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur ».

^{172.} Voy. *infra*, section 5, B., troisième illustration.

La question du caractère contradictoire de la production de la preuve devant la juridiction nous paraît pouvoir être placée également à ce niveau même si nous n'en traiterons pas. Une preuve qui ne serait pas produite contradictoirement nous paraît devoir être écartée des débats.

B. Force probante

61. La force probante vise la valeur légale qui s'attache à un élément de preuve. C'est la valeur en tant que preuve qui s'attache à un fait ou à un indice extérieur ou, en d'autre terme, la reconnaissance que le droit lui assure. La force probante est liée aux procédés de preuves admis et hiérarchisés en théorie par un système juridique dans le cadre d'une preuve réglementée comme en droit civil. Les procédés de preuve peuvent quant à eux être définis comme « les moyens légalement admis par la loi pour administrer une preuve » 173.

Comme le relève P. Van Ommeslaghe : « Les règles relatives à la force probante des modes de preuve, quels qu'ils soient, constituent une question de droit qui s'impose au juge » 174. Et D. Mougenot de résumer : « La force probante est l'intensité avec laquelle un mode de preuve lie le juge et les parties ».

C. Valeur probante

62. La valeur probante de la preuve est, quant à elle, son « aptitude à emporter la conviction du juge ». C'est une question de fait sur la pertinence de la preuve *in specie*. Cette question s'analyse normalement en dernier : inutile de s'interroger sur la valeur probante d'un témoignage qui ne pourrait en toute hypothèse pas être porté contre ou outre un écrit en application de l'article 1341 du Code civil (question de force probante) 175. Par contre, la valeur d'une attestation rédigée par un travailleur encore soumis à l'autorité de son employeur doit être appréciée par le juge ; c'est une question de valeur probante 176.

Dans cette conception, « force probante et valeur probante seraient inversement liées » 177 : plus la force probante serait importante, plus le juge serait tenu par la preuve offerte. De sorte que la valeur probante ne se pose-

173. H. DE PAGE, *op. cit.*, T. III, 1967, n° 707, p. 695.

174. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 103.

175. Voyez *infra* : section 6, A., 4. b) L'article 12 de la loi du 3 juillet 1978 ne permet pas de déroger à l'article 1341, al. 2, du Code civil.

176. Voyez *infra* : section 6, B., 4. e) Illustration : les attestations émanant de tiers.

177. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 2002, p. 76.

rait pas. Par contre, lorsque la force probante du moyen de preuve est faible, en ce que la loi ne lui réserve pas une place importante dans la hiérarchie des preuves, le juge récupérerait son pouvoir d'appréciation.

SECTION 5

Licéité de la preuve

A. Principes

1. Définition

63. Dans le cadre de la présente étude, nous utiliserons le vocable « licéité de la preuve » pour cerner la question de la validité *in casu* de la collecte d'une preuve particulière c'est-à-dire de la légalité de la manière dont on a obtenu les informations. En effet, pour qu'une preuve puisse être considérée comme licite, elle ne peut pas avoir été obtenue en violation de dispositions légales applicables 178.

Ainsi, par exemple, la recherche des moyens de preuve ne peut entraîner des atteintes, soit à l'intégrité physique ou mentale, soit à l'intégrité du domicile, soit à la vie privée 179.

Par ailleurs, la preuve ne peut pas être recueillie suite à la violation du secret professionnel. Il a ainsi été jugé qu'une preuve obtenue en violation du secret professionnel doit être écartée des débats 180. Ainsi en va-t-il par exemple d'un élément de preuve recueilli en violation du secret de l'instruction 181, du secret professionnel des médecins 182 ou encore du secret de l'avocat.

Nous verrons *infra* que ces questions suscitent d'intenses discussions au niveau de la protection de la vie privée.

2. Sanctions

a) L'écartement des débats

64. Si un élément de preuve a été obtenu par des moyens illicites, le juge ne peut, en principe, y avoir égard 183.

178. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 76 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 34, n° 56.

179. Cass. (2^e ch.), 14 octobre 2003, R.G. P030762N ; www.cass.be ; Cass., (2^e ch.), 23 mars 2003, R.G. P040012N, www.cass.be.

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

181. C. trav. Bruxelles (6^e ch.), 16 janvier 2006, J.T.T., 2006, p. 214.

182. C. trav. Mons (6^e ch.), 14 décembre 2001, R.G. 12858, www.cass.be.

183. D. MOUGENOT, *op. cit.*, 1997, p. 76 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 34, n° 56.

5

65. Toutefois, ce principe a été récemment assoupli par la Cour de cassation dans des litiges en matière pénale (voy., à ce sujet, les contributions de MM. Kury, Déjeunette et Kennes, parues *supra*, dans cet ouvrage). Dans un arrêt du 27 février 2001¹⁸⁴, la Cour de cassation rappelle que le droit au respect de la vie privée prévu à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas absolu et indique que « cette disposition conventionnelle n'empêche pas que, sur la base d'une présomption légitime de l'implication de son employé dans des infractions commises à son détriment, un employeur prenne des mesures afin de prévenir ou de constater de nouveaux faits punissables au moyen de vidéosurveillance dans un espace accessible au public du magasin qu'il exploite » tout en précisant que « pour autant qu'elle a pour objectif la dénonciation des faits aux autorités et, partant de cet objectif, qu'elle est adéquate, utile et non excessive, une telle mesure n'implique pas d'ingérence dans l'exercice de ce droit au sens de l'article 8, alinéa 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

Depuis 2003, la Cour de cassation tend, par ailleurs, 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 pénale¹⁸⁵. Ainsi, le juge doit apprécier l'admissibilité de la preuve à la lumière des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en tenant compte des éléments de la cause pris dans leur 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 équitable¹⁸⁶. Par contre, lorsque l'irrégularité com-

184. Cass. (2^e ch.), 27 février 2001, R.G.A.R., 2002, p. 13605.

185. Cass. (2^e ch.), 14 octobre 2003, R.G. n° P030762N ; www.cass.be ; Cas. (2^e ch.), 23 mars 2003, R.G. n° P040012N, www.cass.be ; Cas. (2^e ch.), 16 novembre 2004, R.G. n° P040644N, www.cass.be. Voyez également Cass., 2 mars 2005, J.T., 2005, pp. 212 et s., conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH.

186. Cass. (2^e ch.), 14 octobre 2003, R.G. n° P030762N ; www.cass.be ; Cas. (2^e ch.), 23 mars 2003, R.G. n° P040012N, www.cass.be.

mise 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 débats dès lors que le non-respect de l'obligation préalable d'information n'était pas sanctionné de nullité¹⁸⁷.

Ainsi la Cour de cassation a-t-elle affirmé dans plusieurs arrêts¹⁸⁸ toujours en matière répressive qu'« il ne résulte ni de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantit un procès équitable ni de l'article 8 de cette même convention qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance ni d'aucune disposition constitutionnelle ou légale que la preuve qui a été obtenue en violation d'un des droits fondamentaux garantis par cette convention ou par la Constitution est toujours inadmissible ».

Dans ses divers arrêts, la Cour de cassation ne se prononce pas sur la légalité d'un système qui voudrait qu'on puisse se passer de l'information du travailleur pour pouvoir le surveiller et le surprendre en flagrant délit en se fondant sur l'argument selon lequel cette confrontation du travailleur ne serait pas possible s'il était informé du placement de la caméra. Par contre, la Cour de cassation indique clairement dans son arrêt du 2 mars 2005 que « l'élément de preuve, fusse-t-il recueilli illégalement, ne devrait pas nécessairement être écarté des débats »¹⁸⁹.

187. 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. BRERNAERT.

188. Cass., 21 novembre 2006, R.G. P060806N, www.cass.be ; Cass., 16 novembre 2004, R.G. P041127N, www.cass.be.

189. J.-F. LECLERCQ et D. DE ROY, *op. cit.*, p. 11

66. David De Roy et Jean-François Leclercq insistent sur la portée limitée des arrêts rendus par la Cour de cassation en cette matière : « Dans ce contentieux, la Cour de cassation n'est pas invitée à se prononcer directement sur les droits et obligations qui, au titre de la protection de la vie privée, caractérisent la relation de travail entre l'employeur et le travailleur ; tout au plus elle précisait la légalité de décision juridictionnelle statuant sur des poursuites répressives ou rendues en cours d'instruction, suite à des faits survenus dans l'exécution du contrôle de travail. C'est donc au regard de cet objet spécifique de contrôle que doit être appréhendée la jurisprudence de la Cour »¹⁹⁰.

Nonobstant cette nuance quant à la portée de cette jurisprudence, il demeure qu'elle pourrait avoir des répercussions importantes sur le principe de l'écartement des preuves recueillies au mépris des droits des travailleurs. Il convient toutefois de noter que, jusqu'à présent, les juridictions sociales semblent vouloir limiter la jurisprudence de la Cour de cassation à la sphère pénale. 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 ne trouvait pas à s'appliquer dans les litiges civils¹⁹¹. La cour du travail de Bruxelles dans un arrêt du 9 janvier 2007¹⁹² et le tribunal du travail de Liège¹⁹³ dans une décision du 6 mars 2007 ont confirmé la règle de l'écartement des preuves obtenues illicitement dans des litiges civils¹⁹⁴.

190. J.F. LECLERCQ et D. DE ROY, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de protection de la vie privée dans le cadre des relations de travail », in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 2005, p. 6.

191. Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 16 mars 2006, inédit cité par F. GUILLET, « 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.

192. C. trav. Bruxelles (4^e ch.), 9 janvier 2007, R.G. n° 45.657, inédit ; voyez également à ce sujet F. GUILLET, « Écartement d'une preuve irrégulièrement obtenue », www.hrtoday.be.

193. Trib. trav. Liège, 6 mars 2007, R.G. n° 358.225, www.cass.be, et note de K. ROSIER et S. GILSON à paraître dans la R.R.D., 2007.

194. Pour une application de la jurisprudence de la Cour de cassation, voyez l'arrêt rendu par la cour d'appel de Mons le 2 mai 2005 (Mons, 2 mai 2005, J.L.M.B., 2005, p. 438) dans un litige opposant un garagiste et l'auteur de dégradations infligées à des véhicules appartenant au premier. Le garagiste retrouvait régulièrement les véhicules lui appartenant avec des pneus crevés et en désespoir de cause avait installé une caméra pour confondre le coupable. Il produit une photographie issue de la vidéo ayant filmé l'auteur des faits pour réclamer des dommages et intérêts à ce dernier qui, avant, enregistrements, été identifié par la police. La cour n'écarte pas la photographie produite en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation.

b) L'indemnisation du dommage

67. Si la principale sanction réservée à la production d'une preuve obtenue irrégulièrement est que celle-ci sera en principe écartée des débats, il reste que le juge peut également octroyer à la personne concernée des dommages et intérêts pour le préjudice résultant de la violation de la vie privée.

Dans deux décisions récentes le juge a octroyé des dommages et intérêts dans ce cadre. Dans un jugement du 6 mars 2007¹⁹⁵, le tribunal du travail de Liège a considéré que, nonobstant le fait qu'il y ait un motif grave constaté et validé, l'employeur a, en obtenant des images de façon irrégulière, manqué au principe de la loyauté dans le cadre de l'exécution de contrat de travail. Il estime que cela constitue un manquement à l'article 16 de la loi sur le contrat de travail ainsi qu'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Ce faisant, le tribunal épingle le recueil de la preuve par caméra de manière irrégulière comme constituant un comportement fautif réalisé au cours du processus ayant abouti au licenciement. Il qualifie ce comportement de « faute dans l'exercice du droit de licencier au sens large ». Le tribunal juge également que la travailleuse démontre avoir subi un dommage du fait de ce comportement fautif, dommage consistant en une atteinte à sa vie privée¹⁹⁶.

Dans un arrêt du 11 janvier 2007, la cour du travail de Liège¹⁹⁷ avait également octroyé des dommages et intérêts en raison de la production de courriers électroniques dont l'employeur avait irrégulièrement pris connaissance. En sus de l'écartement des dits courriers électroniques des débats, la travailleuse avait sollicité, en l'incluant dans les dommages et intérêts réclamés pour licenciement abusif, une indemnisation également pour la production irrégulière des courriers litigieux. La cour relève que « si cette production est destinée à contourner la demande portant sur l'indemnité pour abus de droit de licenciement, il n'en résulte pas pour autant que cette violation de la vie privée soit à l'origine du licenciement. La demande de réparation formulée doit donc recevoir une autre qualification ». La cour considère que la prise de connaissance de courriel ainsi que le fait de les imprimer et de les produire en justice relèvent d'une défense en justice abusive et estime que l'écartement de cette pièce ne suffit pas à réparer le dommage et octroie à la travailleuse des dommages et intérêts¹⁹⁸.

195. Trib. trav. Liège, 6 mars 2007, R.G. n° 358.925, www.cass.be.

196. Pour un commentaire détaillé de cette décision, voyez : K. ROSIER et S. GILSON, « Non-respect de la vie privée du travailleur dans le recueil de la preuve du motif grave : quand l'abusé devient abuser... », note sous trib. trav. Liège, 6 mars 2007 et C. trav. Liège, 11 janvier 2007, R.R.D., 2007, à paraître.

197. C. trav. Liège (section de Namur), 11 janvier 2007, R.G. n° 8038/2006, www.cass.be.

198. Pour un commentaire détaillé de cette décision, voyez : K. ROSIER et S. GILSON, *op. cit.*, 2007, à paraître.

c) Sort des aveux obtenus suite à la confrontation avec une preuve recueillie de manière illicite

68. Nous aborderons *infra* le rôle de l'aveu comme mode de preuve. Retenons simplement à ce stade qu'un aveu extrajudiciaire des faits signé par le travailleur peut être retenu comme un moyen de preuve sauf s'il est atteint d'une contrainte 199.

En ce qui concerne le sort des aveux recueillis suite à la confrontation de leur auteur avec une preuve illicitement recueillie, il est généralement admis que ceux-ci doivent être écartés tout comme la preuve à l'origine desdits aveux 200.

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 a considéré que l'obtention de copies de courriers électroniques lors d'un contrôle effectué sans intervention préalable était non seulement disproportionnée mais qu'elle violait également la loi du 8 décembre 1992 et l'article 109ter D, 3° de la loi Télécom 201. Dans le même sens, le tribunal de Bruxelles a considéré que les aveux obtenus dans la foulée du visionnage d'images vidéo obtenue en méconnaissance de la C.C.T. n° 68 doivent également être écartés en tant que moyen de preuve du motif grave invoqué 202. On trouve également de la jurisprudence allant dans le même sens en matière de fouilles opérées au mépris du respect de la vie privée du travailleur 203.

Dans une décision du 8 avril 2003, le tribunal du travail de Bruxelles n'a, par contre, pas écarté des aveux obtenus à la suite d'une confrontation avec une preuve recueillie illégalement. Après avoir relevé l'ensemble des dispositions applicables en matière de contrôle par l'employeur des données électroniques de ses employés, le tribunal 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. S'est alors posée la question des aveux de l'employé obtenus lors de la

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

200. Voy. Cass., 18 avril 1985, *Res.*, I, p. 1008.

201. C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Computerrecht*, 2005, p. 313.

202. Trib. trav. Liège, 6 mars 2007, R.G. 358.225, *www.cass.be* ; voyez également dans le même sens trib. trav. Bruxelles (2^e ch.), 15 juin 2006, *www.cass.be* ; trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 16 mars 2006, *loc.cit.*

203. Trib. trav. Nivelles, 8 février 2002, R.G. n° 99N1590, *www.cass.be* ; trib. trav. Nivelles (1^{re} ch.), 8 février 2002, J.T.T., 2002, p. 181.

confrontation de celui-ci avec les données recueillies sur la consultation des sites internet. Le tribunal n'a pas écarté les aveux mais a par contre estimé que ceux-ci ne permettraient pas de déterminer le nombre de sites ainsi consultés 204. Autrement dit, le tribunal a pris en compte ces aveux mais a estimé qu'ils ne suffisaient pas à établir l'existence de circonstances justifiant un licenciement pour motif grave.

B. Illustrations

69. 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 relatives à la licéité de la collecte de la preuve s'inscrivent généralement dans le contexte d'un licenciement pour motif grave dont l'employeur tente d'établir la preuve.

1. Première illustration : la correspondance

70. Si bon nombre de copie 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.

71. Il nous faut d'abord constater que ce terme « correspondance » reçoit dans ce cadre une acception large. Il couvre tout d'abord les lettres ou messages échangés par voie postale, 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 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 privée 205.

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

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

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 psychologue 206. 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 un arrêt du 23 mars 2004 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 électroniques 207 208.

72. La protection de la correspondance s'adresse cependant aux courriers confidentiels et non aux courriers d'entreprise. Il appartient au juge de déterminer si un courrier est ou non confidentiel 209.

73. 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 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 produire 210. D'autres décisions recensées esiment qu'une correspondance qui serait confidentielle doit être rejetée des débats à moins qu'elle ne soit produite avec l'accord de son auteur 211.

2. Deuxième illustration : la preuve par caméra

74. La question de la licéité de la preuve par caméra reste problématique. Elle met en jeu non seulement le respect de la vie privée *stricto sensu* mais également le respect de dispositions légales applicables aux traitements de données à caractère personnel ainsi que, éventuellement, la Convention collective de

206. C. trav. Liège, 25 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 107, *R.R.D.* 2002, p. 266, note F. LAGASSE.
207. C. trav. Liège, 23 mars 2004, *R.R.D.*, 2004, p. 78 ; voyez aussi : trib. trav. Verviers, 20 mars 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 183.

208. Voyez *infra* : 3. Troisième illustration : la preuve par communications électroniques et par des données de communications électroniques.
209. H. BUYSSSENS, *op. cit.*, 1999, p. 17.

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

211. C. trav. Liège, 23 mars 2004, *R.R.D.*, 2004, p. 73 ; C. trav. Liège, 25 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 107 ; *R.R.D.*, 2002, p. 266, note F. LAGASSE : 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.

travail 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 travail 212. La législation en matière de vidéosurveillance se trouve en outre désormais enrichie par un autre texte puisque la loi du 21 mars 2007 réglant l'installation et l'utilisation de caméras de surveillance est depuis peu en vigueur 213. L'article 3 de cette loi précise qu'elle est applicable à l'installation et à l'utilisation de caméras de surveillance en vue d'assurer la surveillance et le contrôle de lieux ouverts, des lieux fermés accessibles au public ainsi que des lieux fermés non accessibles au public. L'article 3, alinéa 4, de la loi dispose que celle-ci n'est, par contre, pas applicable à l'utilisation de caméras de surveillance destinées à garantir, sur le lieu du travail, la sécurité et la santé, la protection des biens de l'entreprise, le contrôle du processus de production et le contrôle du travail du travailleur.

Ceci implique que l'on pourrait rencontrer des régimes différents selon la finalité d'utilisation de la caméra. Dès lors que le recours à la caméra vise à garantir la sécurité des travailleurs ou le contrôle du travail des travailleurs, il reste soumis à la législation propre au secteur c'est-à-dire à la C.C.T. n° 68. Par contre, lorsque l'installation de caméras poursuit un autre but comme par exemple la surveillance du bâtiment, la sécurité qui ne serait plus celle des travailleurs mais par exemple celle d'un client, serait, elle, soumise uniquement à la loi du 21 mars 2007 214. Ceci influe sur les conditions à respecter quant à l'obtention d'une preuve selon la finalité de la vidéosurveillance à l'occasion de laquelle les images sont recueillies.

75. En dépit de cette abondante législation, on constate cependant également une certaine variabilité dans la jurisprudence sur la question de la licéité de ce moyen de preuve avec toutefois une tendance plus récente à vérifier le respect des dispositions précitées.

212. Rendue obligatoire par arrêté royal du 20 septembre 1998, *M.B.*, 2 octobre 1998, p. 32486.

213. Loi du 21 mars 2007 réglant l'installation et l'utilisation de caméras de surveillance, *M.B.*, 31 mai 2007, p. 29529.

214. Il nous faut remarquer que, dans nombre de cas, les deux types de finalités vont se confondre puisqu'il est possible de concevoir l'installation de caméras dans un bâtiment, cette installation pouvant être comprise comme visant également à protéger les travailleurs. Est-ce à dire que les deux lois s'appliquent cumulativement ? L'exposé des motifs de la proposition de loi telle qu'elle a été déposée au Sénat, précise que la loi ne s'appliquera pas si l'utilisation de caméras fait l'objet d'une réglementation sectorielle applicable (projet de loi réglant l'installation et l'utilisation de caméras de surveillance, exposé des motifs, *Dor. parl.*, Sénat, S.3-1734). La C.C.T. n° 68 est expressément citée. Ceci impliquerait que ce n'est que dans la mesure où les finalités poursuivies par l'utilisation de la caméra ne s'inscrivent pas dans le cadre de la C.C.T. n° 68 que la nouvelle loi sera applicable.

Ainsi, la cour du travail de Liège a admis à des fins de preuve des bandes vidéo d'un casino mettant en évidence un comportement fautif de deux employés sans examiner la question d'une éventuelle violation de la vie privée²¹⁵. De même, la cour du travail de Liège a reçu, comme moyen de preuve, des images filmées enregistrées attestant des faits de vols²¹⁶. 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 privé²¹⁷.

Par contre, La cour du travail d'Anvers rejette des images vidéo en tant que preuve dès lors que celles-ci ont été obtenues en méconnaissance de la loi du 8 décembre 1992 et de la C.C.T. n° 68²¹⁸. De même, 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° 68²¹⁹. On notera encore que le tribunal du travail de Bruxelles, dans un jugement du 16 mars 2006 évoqué *supra*, et la cour du travail de Bruxelles, dans un arrêt du 15 juin 2006, ont écarté la preuve obtenue en violation de la C.C.T. et ont, en sus, considéré que les aveux recueillis par l'employeur lors du visionnement de la bande vidéo étaient irrecevables également²²⁰.

3. Troisième illustration : la preuve par communications électroniques et par des données de communications électroniques

a) Les courriers électroniques et l'usage d'Internet

76. Les litiges 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, l'envoi

215. C. trav. Liège, 18 décembre 2000, *Chron. D.S.*, 2001, p. 456.

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

217. C. trav. Bruxelles, 18 mars 2002, R.G. n° 31688, *www.cass.be*.

218. C. trav. Anvers (section de Hasselt), 6 janvier 2003, R.G. 20100233, *www.cass.be*.

219. Trib. trav. Charleroi, 4 novembre 2002, *Chron. D.S.*, 2004, p. 97.

220. Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 16 mars 2006, inédit cité par F. GUILLET, « 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* ; C. trav. Bruxelles (2^e ch.), 15 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, liv. 958, p. 392, note.

de S.M.S. etc. Lorsque l'employeur exerce un contrôle *a priori* ou *a posteriori* sur l'usage qu'un travailleur fait des outils de communication électronique, 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.

Un tel contrôle opéré par l'employeur sera régulier s'il est conforme à :

- l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme,
- l'article 22 de la Constitution,
- l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques qui remplace l'article 109^{ter} D de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (loi Télécom),
- l'article 314^{bis} du Code pénal,
- la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel,
- mais également, depuis 2002, à 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 réseau²²¹.

Aux termes de l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (et de l'ancien article 109^{ter} D de la loi Télécom), il est interdit notamment de prendre connaissance intentionnellement de données en matière de communications électroniques relatives à une autre personne ou de révéler, de faire un usage quelconque de l'information, de l'identification et des données obtenues intentionnellement ou non sauf moyennant l'autorisation de toutes les autres personnes directement ou indirectement concernées par l'information. Par « données de communication électroniques », on vise les données relatives aux communications électroniques qui transitent par réseau telles l'adresse e-mail de l'expéditeur et du destinataire, l'heure de l'envoi et de la réception, les données de routages, la taille du message, la présence de pièces jointes, etc.²²².

221. Rendue obligatoire par arrêté royal du 12 juin 2002, *M.B.*, 29 juin 2002, p. 29489. Voyez l'arrêt de la cour du travail d'Anvers qui considère que le contrôle des e-mails professionnel reste soumis à l'article 8 de la C.E.D.H., des articles 314^{bis} du Code pénal et 109^{ter} D de la loi du 21 mars 1991 (C. trav. Anvers, 15 décembre 2004, R.G. n° 2004-0295, *www.cass.be*).

222. O. RIJCKAERT, « Le contrat de travail face aux nouvelles technologies », *Orientations*, 2000, p. 210. Pour un cas d'application voyez : C. trav. Anvers, 10 février 2004, disponible sur *www.juridat.be*.

La doctrine et la jurisprudence estiment généralement que la protection perdue après que la transmission soit achevée²²³.

Bien que le libellé de l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 diffère légèrement de celui de l'article 109ter D, il ne semble pas qu'il ait été dans l'intention du législateur de réformer la portée de la disposition pour étendre la protection au contenu des courriers électroniques (l'article 124, 1^o se réfère toujours à l'existence d'une information et non à l'information elle-même). Néanmoins le quatrième alinéa utilise directement le terme information, comme si l'information elle-même, contenue dans le courrier électronique, était protégée. Il conviendra de suivre l'interprétation qui sera donnée à cette disposition par la doctrine et la jurisprudence.

Ceci étant, le contenu du courrier électronique est toujours protégé par les articles 314bis et 259bis du Code pénal qui n'ont pas été abrogés lors de l'adoption de la nouvelle loi du 13 juin 2005.

L'article 314bis du Code pénal, de portée générale, et l'article 259bis qui s'applique plus spécifiquement aux fonctionnaires, prescrivent une interdiction à quiconque, sauf consentement de toutes les parties à la communication, de prendre connaissance du contenu des communications pendant leur transmission et de détenir, révéler ou divulguer à une autre personne le contenu de communications ou de télécommunications privées, illégalement écrites ou enregistrées, ou dont il a pris connaissance illégalement, ou d'utiliser sciemment d'une manière quelconque une information obtenue de cette façon. La protection ne concerne que les communications privées. Par « communications privées », on vise les communications qui ne sont pas destinées à être « entendues » – ou plutôt dans le contexte des communications électroniques « lues » – par tout un chacun²²⁴. Ceci implique que le fait qu'une communication intervienne dans un contexte professionnel ne fait pas obstacle à ce qu'elle puisse être qualifiée de « privée ».

Par ailleurs, il est important de noter qu'au contraire de la protection relative aux données de communication, la protection relative au contenu des communications électroniques n'intervient que pendant la transmission. Dès

223. Trib. trav. Bruxelles, 22 juin 2000, *Computernicht*, 2001/6, p. 311 ; trib. trav. Hasselt, 21 octobre 2002, R.G. 2020348, www.cass.be ; trib. trav. Bruxelles, 2 octobre 2004, R.G. 44002, www.cass.be ; C. trav. Bruxelles, 3 mai 2006, R.G. 45922, www.cass.be. Voyez par exemple : O. RIJCKAERT, « Surveillance des travailleurs : nouveaux procédés, multiples contraintes », loc. cit., pp. 42-43 ; P. DE HERDT, « CAO nr 81 en advies nr 10/2000 over controle van Internet en Email », R.W., 2002-2003, p. 1287.

224. Th. VERBESST et E. WÉRY, *Le droit de la société de l'information. Droits européens, belge et français*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 188.

lors que la transmission du courrier électronique est achevée, la protection du contenu n'existe plus²²⁵.

Ces dispositions font donc obstacle, sinon à la prise de connaissance du contenu des communications électroniques, à tout le moins à la prise de connaissance des données de communications. Or la prise de connaissance du contenu d'une communication entraînera souvent la prise de connaissance des données de communication (adresse électronique de l'expéditeur et du destinataire, date et heure de la communication, ...) si bien que l'interdiction – non limitée à la durée de la transmission – de la prise de connaissance des données de communication constituera alors un obstacle à la prise de connaissance du contenu de la communication.

Pour répondre au besoin de contrôle des employeurs, les partenaires sociaux ont négocié 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 réseau²²⁶. Le principe qui y est posé est que l'employeur peut déterminer les conditions d'utilisation des outils qu'il met à la disposition de ses travailleurs et donc, le cas échéant en interdire tout usage à des fins privées. Néanmoins, l'employeur ne pourra pas, même dans ce cas, effectuer un contrôle de cette utilisation des outils sans respecter certaines conditions définies dans la C.C.T. et qui assurent le respect des principes de finalité, de proportionnalité et de transparence. La C.C.T. ne vise toutefois que le contrôle des données de communication et non le contenu des communications. L'employeur ne peut donc jamais prendre connaissance du contenu d'une communication électronique sur la base de la C.C.T. Enfin, les partenaires

225. Certains auteurs considèrent implicitement que l'enregistrement automatique d'une copie du courrier électronique sur le serveur mail d'une entreprise avant sa « distribution » à son destinataire final intervient pendant la transmission (P. DE HERDT, « C.A.O. nr 81 en advies nr 10/2000 over controle van Internet en e-mail », loc. cit., p. 1285 et O. RIJCKAERT, « Le contrat de travail face aux nouvelles technologies », *Orientations*, 2000, p. 208). En toute hypothèse, il nous faut constater que, dans la plupart des cas, la prise de connaissance d'un courrier électronique interviendra alors que le courrier est parvenu à son destinataire, que celui-ci ait ou non ouvert ledit courrier. Les interdictions des dispositions en question ne seront dès lors pas applicables.

Les articles 314bis et 259bis ont été manifestement pensés par rapport au cas des communications téléphoniques et leur application stricte aux communications électroniques qui conduit à exclure l'interdiction de prise de connaissance du contenu aux communications électroniques parvenues à leur destinataire ne satisfait pas tous les auteurs (voyez à cet égard P. DE HERDT qui en appelle à une interprétation évolutive de cette disposition (P. DE HERDT, « C.A.O. nr 81 en advies nr 10/2000 over controle van Internet en e-mail », loc. cit., pp. 1284 et 1285).

226. La C.C.T. n° 81 a été adoptée le 26 avril 2002 et a été rendue obligatoire par arrêté royal du 12 juin 2002. Elle s'inspire largement des principes définis par la Commission de la protection de la vie privée dans son avis d'initiative 10/2000 relatif à la surveillance par l'employeur de l'utilisation du système informatique sur le lieu de travail (www.privacy.fgov.be).

sociaux ont exclu du champ d'application de la C.C.T. les communications dont la nature professionnelle n'est pas contestée par le travailleur.

Le contrôle de l'usage des e-mails ou de l'internet s'inscrit cependant dans le cadre législatif plus large - décrit ci-dessus - que celui de la C.C.T. n° 81 et qui prescrit, en principe, la prise de connaissance des données de communications électroniques sans le consentement de toutes les parties concernées. Ce consentement est en pratique impossible à obtenir du fait notamment que des tiers à l'entreprise sont généralement concernés. Cette réglementation est donc très rigide puisqu'elle n'opère par exemple aucune distinction entre le sort à réserver aux communications électroniques de nature professionnelle et à celles à caractère privé.

La C.C.T. offre un cadre très utile pour permettre un certain contrôle de l'employeur de l'utilisation par les employés des moyens de communications électroniques. On peut toutefois s'interroger sur la compatibilité du régime de contrôle autorisé par la C.C.T. n° 81 avec les dispositions légales précitées qui, telles qu'interprétées, impliquent l'interdiction de prendre connaissance des données de communications, même dans le respect des conditions posées par la C.C.T. 27.

77. Un examen des décisions rendues en la matière nous amène à plusieurs constats.

La plupart des décisions (surtout les plus anciennes) que nous avons pu recenser en la matière 228 ne tiennent pas compte de tout ou partie de ces textes législatifs. Dans un certain nombre de cas, le juge a même reçu les éléments de preuve sans examiner la recevabilité de ceux-ci. Ainsi, le tribunal du travail de Bruxelles a pris 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 sans que ne soit soulevée la question de la recevabilité de ces documents 229. 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 toutefois pas abordée 230.

227. Avec O. Rijkbaert, nous considérons qu'une convention collective de travail, fit-elle rendue obligatoire par arrêté royal, ne peut déroger à une disposition contenue dans une loi et dont le non-respect est, du reste, sanctionné pénalement (O. Rijkbaert, « Surveillance des travailleurs : nouveaux procédés, multiples contraintes », *loc. cit.*, p. 43).

228. En sus des décisions évoquées *infra*, voyez également les décisions inédites commentées par R. De Baer-Demaeyer et M. Kokort, « Protection de la vie privée et contrat de travail », *J.T.*, 2006, pp. 8 à 11.

229. Trib. trav. Bruxelles (16^e ch.), 19 avril 1999, R.G. n° 70.520/98, www.droit-technologie.org.

230. C. trav. Bruxelles, 7 mars 2003, R.G. n°42718, www.cass.be.

Par ailleurs, le moins que l'on puisse dire c'est que la jurisprudence rendue en la matière est extrêmement variable et aboutit à des solutions tout à fait différentes d'un cas à l'autre. Nous nous permettons de mettre ici en évidence certaines caractéristiques de la jurisprudence recensée.

1^o Première hypothèse : informations « subtilisées » par l'employeur

78. L'application cumulative des différents textes légaux régissant la matière et rappelés ci-avant rend extrêmement difficile la prise de connaissance par l'employeur de données de communications ou de contenus de communications électroniques. Certaines décisions, faisant fi de ces dispositions, font prévaloir le droit de contrôler les travailleurs mis en balance avec le droit, non absolu, au respect de sa vie privée. On notera d'ailleurs que certains auteurs estiment qu'un tel contrôle peut être réalisé en toute légalité si l'on admet qu'il est permis par l'application des articles 16 et/ou 17, 2^o de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail 231. De ce fait, ils n'emportent pas de violation de l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 et de l'ancien article 109ter D de la loi Télécom dès lors qu'ils s'inscrivent dans le cadre de l'exception prévue à cet égard par les articles 125, § 1, 1^o de la loi du 13 juin 2005 et de l'article 109ter E, § 1^o de la loi Télécom. Ces deux dispositions prévoient, en effet, que les interdictions prévues aux articles 124 et 109ter D et les articles 259bis et 314bis du Code pénal ne sont pas d'application lorsque la loi permet ou impose l'accomplissement des actes qui y sont visés.

Certains décisions font prévaloir la nécessité d'un contrôle de l'employeur :

- Le tribunal du travail de Bruxelles a admis la production d'un courrier électronique et de la photographie à caractère pornographique annexée à celui-ci nonobstant l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 109ter D, 3^o de la loi Télécom. Il a fondé sa décision sur le fait que le droit à la vie privée n'était pas absolu et que ledit courrier ne revêtait pas un caractère privé car il était adressé à divers collègues (ce qui nous paraît contestable). Il en a conclu que 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 232.

- Le tribunal du travail de Bruxelles a admis la production d'informations sur le nombre de courriers électroniques, les dates et heures auxquelles ceux-ci avaient été échangés (mais pas le contenu de ceux-ci) pour prouver l'existence de nombreux courriers électroniques échangés à des fins

231. Pour un exposé de cette thèse et une critique de celle-ci, voyez O. Rijkbaert, « Surveillance des travailleurs : nouveaux procédés, multiples contraintes », *loc. cit.*, p. 51.

232. Trib. trav. Bruxelles (12^e ch.), 22 juin 2000, *Computerrecht*, 2001/6, p. 312.

À noter que certaines décisions prennent en compte l'accessibilité des informations stockées sur un ordinateur pour considérer qu'elles perdraient leur caractère « privé ». Dans une décision rendue le 22 octobre 2002, le tribunal du travail de Malines a ainsi considéré que dès lors que tout un chacun pouvait potentiellement utiliser le poste de travail de ses collègues, les codes d'accès n'étant ni personnels ni confidentiels, l'échange de courriers électroniques entre collègues revêtait un caractère public plutôt que privé. Le travailleur licencié pour avoir tenu des propos inconvenants à l'encontre d'un autre travailleur dans un e-mail ne pouvait dès lors se retrancher derrière une violation de sa vie privée²³⁸.

Plus récemment, la cour du travail de Liège s'est également fondée sur le caractère accessible de tous des messages échangés en interne dans l'entreprise pour considérer que ces messages ne revêtaient pas un caractère privé et n'étaient dès lors pas protégés par la protection de la vie privée ou par le secret de la correspondance²³⁹. Le critère retenu dans l'arrêt commenté pour délimiter la protection nous paraît problématique au regard du droit au respect de la protection de la vie privée. En effet, la protection de la vie privée au travail consacrée notamment par l'arrêt Niemitz de la Convention européenne des droits de l'homme ne se limite pas à la correspondance²⁴⁰. Ainsi, selon nous, l'article 8 de la Convention belge imposent que l'on ne puisse en principe l'article 22 de la Constitution belge prendre connaissance de documents à caractère privé stockés sur l'ordinateur qui lui est attribué²⁴¹.

Le fait que le travailleur puisse concevoir que, techniquement, tout qui se servirait de l'ordinateur pourrait prendre connaissance du document nous semble être un critère insatisfaisant pour exclure la protection de la vie privée. Si une ingérence est possible dans la vie privée du travailleur, celle-ci doit satisfaire aux critères de légalité, de finalité et de proportionnalité. En particulier, le critère de légalité commande que la personne concernée ait été

238. Cette analyse nous paraît critiquable au regard du principe selon lequel une communication est privée dès lors qu'elle n'est pas destinée à tout un chacun, peu importe que d'autres personnes que le destinataire puisse techniquement en prendre connaissance.

239. C. trav. Liège, 20 mars 2006, R.R.D., 2006, p. 89-101, note K. ROSIER et S. GILSON, « Usage pour les travailleurs à des fins privées de l'outil informatique de l'employeur : la délicate application du congé pour motif grave et de la C.C.T. 81 ».

240. Affaire Niemietz c. Allemagne, Cour eur. D.H., 23 novembre 1992, Séries A N° 251/B, § 29 ; Halford vs. Royaume-Uni, 25 juin 1997, *Rev.*, 1997 -, 39.

241. Cass. fr., 17 mai 2005, n° 03-40.017 ; Cass. fr., 2 octobre 2001, arrêt n° 4164 (dit arrêt NIKON) ; trib. trav. Hasselt, 21 octobre 2002, *Chron. D.S.*, 2003, p. 197.

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 était dès lors permis dans la mesure où celui-ci était nécessaire, indispensable et proportionné²³³.

79. D'autres décisions considèrent que le respect de la vie privée doit prévaloir :

— Le tribunal du travail de Verviers a écarté des débats les preuves obtenues suite à un contrôle opéré sur l'ordinateur personnel d'un employé et mettant en évidence l'existence 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 Convention européenne des droits de l'homme²³⁴.

— 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 relevance dans le contrôle n'était pas rencontrée²³⁵.

80. Quant aux éléments pris en compte par le juge pour se prononcer sur la recevabilité des preuves, ceux-ci divergent également.

Ainsi plusieurs décisions se basent sur le contexte au sein duquel le contrôle est opéré²³⁶, et en particulier sur la satisfaction ou non de l'exigence d'information préalable²³⁷.

233. Trib. trav. Bruxelles, 2 mai 2000, R.G. n° 1.471/99, www.droit-technologue.org.

234. Trib. trav. Verviers, 20 mars 2002, J.T.T., 2002, p. 183.

235. C. trav. Anvers, 1^{er} octobre 2003, J.T.T., 2004, p. 510.

236. Ainsi pour apprécier si le contrôle est effectué dans le respect des principes de légalité, de proportionnalité et de finalité, le tribunal du travail de Hasselt a eu égard à la circonstance que le portable de l'employé avait été remis à un huissier pour qu'il procède à un constat concernant l'histoire que des sites consultés. Le tribunal en déduit que l'intention de l'employeur était clairement de trouver dans la consultation de ces historiques un motif pour licencier le travailleur et considère que ce procédé viole le principe de proportionnalité (trib. trav. Hasselt, 21 octobre 2002, R.G. n° 2020348, www.cass.be).

237. Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 8 avril 2003, *Chron. D.S.*, 2005, pp. 208 et s. ; C. trav. Bruxelles, 14 décembre 2004, *Computerrecht*, 2005, p. 313 ; C. trav. Liège, 20 mars 2006, R.G. 33.137/05, www.cass.be ; pour un commentaire de cette décision voyez : K. ROSIER et S. GILSON, « Usage pour les travailleurs à des fins privées de l'outil informatique de l'employeur : la délicate application du congé pour motif grave et de la C.C.T. 81 », note sous C. trav. Liège, 20 mars 2006, R.R.D., 2006, pp. 89-101 ; trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 8 avril 2003, *Chron. D.S.*, 2005, pp. 208 et s. ; C. trav. Anvers (section Anvers), 1^{er} octobre 2003, J.T.T., 2004, p. 510.

informée de la possibilité d'un tel acte ²⁴². Or, en l'espèce, la Cour se contente de constater qu'elle aurait pu le concevoir sans se soucier des informations que la travailleuse aurait concrètement reçues de son employeur.

D'autres décisions, par contre, insistent sur le fait que des données électroniques ne peuvent être produites sans le *consentement* du travailleur et/ou des autres parties à la communication et, à défaut, déclarent la preuve irrecevable ²⁴³. Ainsi :

— Le tribunal du travail de Bruxelles a écarté 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 sans son consentement ²⁴⁴.

— 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 ²⁴⁵.

— 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 ²⁴⁶.

— La cour du travail de Bruxelles a également écarté des débats des courriers électroniques et S.M.S. versés 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 109ter D, 3° de la loi du 21 mars 1991 ²⁴⁷.

242. F. HENDRICKX, « Privacy en arbeidsrecht », *Jura Falconis*, 1998-99, n° 4, pp. 625-626 ; Th. CLAES et D. DEBONGHE, « Gebruik van e-mail en internet op de werkvloer in controle door de werkgever », *J.T.T.*, 2001, p. 122 ; O. RYCKAERT, « Surveillance des travailleurs : nouveaux procédés, de multiples contraintes », *loc. cit.*, p. 54 ; J.-F. NEVEN, « Les principes généraux : les dispositions internationales et constitutionnelles, in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, EJB, 2005, pp. 24 et 25.

243. Si les articles 109ter D et 124 précités exigent le consentement de toutes les personnes concernées par la communication, la plupart des décisions recensées se contentent de constater que le consentement de l'employé fait défaut.

244. Trib. trav. Bruxelles (12^e ch.), 22 juin 2000, *Computerrecht*, 2001/6, p. 312.

245. C. trav. Gand, 22 octobre 2001, *J.T.T.*, 2001, p. 41.

246. C. trav. Anvers, 1^{er} octobre 2003, R.G. n° 2020381, *www.cass.be*.

247. C. trav. Bruxelles (3^e ch.), 10 février 2004, R.G. n° 44002, *www.cass.be*.

— Dans un jugement du 21 octobre 2002, le tribunal du travail de Hasselt a estimé, au terme d'une analyse détaillée des dispositions applicables en matière de contrôle de l'usage de l'Internet, que la production par l'employeur du relevé de sites internet consultés par un travailleur n'était pas recevable notamment car en l'espèce le travailleur n'y avait pas consenti comme requis par l'article 109ter D de la loi du 21 mars 1991 ²⁴⁸.

— La cour d'appel de Bruxelles a été amenée à considérer que le consentement obtenu d'une travailleuse par l'employeur pour consulter certains mails envoyés par celle-ci à des fins privées depuis son poste ne pouvait être considéré comme libre et éclairé dès lors que celle-ci se trouvait sous pression au moment où elle avait donné son autorisation ²⁴⁹.

Certaines décisions se contentent du consentement implicite du travailleur pour considérer que la preuve n'a pas été obtenue illicitement. En ce sens, la cour du travail d'Anvers a estimé, entre autres considérations, que le fait que la travailleuse licenciée pour avoir fait un usage intensif de l'e-mail à des fins privées avait communiqué à son collègue son mot de passe emportait son consentement implicite pour que ce dernier consulte ses e-mails ²⁵⁰.

Les décisions plus récentes rendues en la matière prennent en compte la C.C.T. n° 81. Ainsi, plusieurs décisions ont écarté les courriers électroniques obtenus en violation de la C.C.T. n° 81 ²⁵¹.

2° Deuxième hypothèse : courrier électronique remis à l'employeur par le destinataire

81. Un autre problème concerne la question de la licéité des courriers ou enregistrements produits par leur destinataire.

En ce qui concerne la production d'un enregistrement d'une communication téléphonique, S. Van Wassenhove relève qu'« une décision en matière de divorce a admis la production d'un enregistrement effectué sur la K7 du répondant téléphonique par un de ses conjoints à l'intention de l'autre, au motif que celui qui est partie à la conversation ne peut s'opposer à

248. Trib. trav. Hasselt, 21 octobre 2002, R.G. n° 2020348, *www.cass.be*.

249. C. trav. Bruxelles, 13 septembre 2005, R.G. n° 46.114, *www.cass.be*.

250. C. trav. Anvers (section d'Anvers), 8 janvier 2003, R.G. n° 2020255, *www.cass.be* ; C.

251. C. trav. Anvers (section de Hasselt), 15 novembre 2005, R.G. n° 2004-0348, *www.cass.be* ; C. trav. Anvers (section de Hasselt), 15 novembre 2005, R.G. n° 46.114, *www.cass.be* ; C. trav. Liège (section de Namur), 11 janvier 2007, R.G. n° 8038/2006, *www.cass.be* et note de K. ROOSER et S. GILSON à paraître dans la *R.R.D.*

la production de l'enregistrement par son interlocuteur parce qu'il a été un participant » 252 253.

Cet arrêt se réfère à la jurisprudence de la Cour de cassation du 9 janvier 2001, qui autorise également la production d'un enregistrement produit par une des parties à la conversation.

On notera qu'en matière de S.M.S., le tribunal du travail de Bruxelles a, dans une décision du 10 février 2004 254, considéré que la preuve ainsi obtenue par l'employeur devait être écartée au motif qu'il s'agissait d'une violation de l'article 109ter D de la loi du 21 mars 1991. Pourtant le tribunal du travail de Liège 255 parvient à une toute autre conclusion en considérant, à propos d'un e-mail mais dans des circonstances comparables, que dès lors que la personne est régulièrement entrée en possession du message, que dès lors que droit de le transmettre à son employeur. La cour considère que le fait d'être le destinataire d'un message implique qu'on l'a obtenu de manière régulière. Cette conclusion se base sur le fait que la preuve a été ou non obtenue loyalement mais fait fi du fait qu'elle a ou non été obtenue de manière loyale, c'est-à-dire sans violation de la loi.

La Cour de cassation française vient de rendre un arrêt mettant également en exergue le principe de loyauté dans l'obtention de la preuve « si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits S.M.S., dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur » 256.

Ces décisions mettent en jeu, à notre sens, deux aspects de la recevabilité de la preuve. On note, d'une part, une référence explicite à la question de la licéité de la preuve dans la décision du tribunal du travail du 10 février 2004. Pourtant, dans ce cas d'espèce on aperçoit mal quel obstacle à la production du message pouvait constituer l'application de l'article 109ter D. Tant cette disposition que l'article 124 précité visent principalement des actes

252. S. VAN WASSENHOVE, « Le respect de la vie privée dans l'usage des nouvelles technologies », in *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 2005, p. 177.

253. Voyez dans le même sens : C. trav. Liège, 23 mai 1984, *J.L.M.B.*, 1984, p. 82.

254. R.G. n° 44002, *www.cass.be*.

255. Trib. trav. Liège, 23 mars 2004, R.G. n° 7387-03, *www.cass.be*.

256. Cass., 23 mai 2007, R.G. n° NP 06-43209, disponible sur [http://www.droit-technologie.org/](http://www.droit-technologie.org/upload/jurisprudence/doc/242-1.pdf)

effectués par des tiers à la communication qui n'ont pas la qualité de destinataire. Dès lors, le destinataire du S.M.S. ou de l'e-mail doit pouvoir faire état du contenu du message qui lui a été adressé ainsi que des données de communication y afférentes.

En effet, l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 qui remplace l'article 109ter D prévoit que :

« S'il n'y est pas autorisé par toutes les personnes directement ou indirectement concernées, nul ne peut :

1° prendre intentionnellement connaissance de l'existence d'une information de toute nature transmise par voie de communication électronique et qui ne lui est pas destinée personnellement ;

2° identifier intentionnellement les personnes concernées par la transmission de l'information et son contenu ;

3° sans préjudice de l'application des articles 122 et 123 prendre connaissance intentionnellement de données en matière de communications électroniques et relatives à une autre personne ;

4° modifier, supprimer, révéler, stocker ou faire un usage quelconque de l'information, de l'identification ou des données obtenues intentionnellement ou non ».

Il ressort de cette disposition que l'interdiction visée par l'article 124 ne concerne que les tiers à la communication et non le destinataire de celle-ci 257.

Les autres décisions mentionnées ci-avant analysent la problématique sous l'angle de la loyauté dans l'obtention de la preuve. Ainsi, il ne suffirait pas que la preuve soit recueillie de manière licite, encore faudrait-il que le procédé par lequel on se la procure ne soit pas déloyal. On peut penser par exemple à l'enregistrement d'une conversation téléphonique à l'insu de son interlocuteur avec provocation de ce dernier.

b) Les données relatives aux appels téléphoniques

83. 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.

257. C. DE TERWANGNE, H. HERVEG et J.-M. VAN GYSEGHEN, *La divorce et les technologies de l'information et de la communication*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 52.

La problématique se complique néanmoins du fait que les abonnements sont financés en général par les employeurs qui reçoivent également les factures y relatives²⁵⁸. Ainsi on relèvera que plusieurs décisions ont 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 lisings d'appels fournis par son opérateur de téléphonie²⁵⁹.

La loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques tend à renforcer les droits des utilisateurs d'un service de téléphonie en les distinguant de l'abonné²⁶⁰. L'article 110, § 1^{er} et son arrêté d'exécution du 27 avril 2007 fixe le niveau de détail de la facture de base. Cet arrêté ne prescrit pas que les numéros d'appel doivent figurer sur cette facture. L'article 110, § 2 de la loi dispose cependant qu'en cas de contestation de la facture de base, les abonnés peuvent obtenir gratuitement, sur demande, une facture détaillée. L'exposé des motifs de la loi ne précise pas quelles données peuvent être ainsi obtenues et ne pose dès lors aucune limite. En outre, on relèvera que la loi stipule par ailleurs que certains numéros appelés (tels certains numéros d'urgence) ne figureront jamais sur les factures. On peut en déduire qu'*a contrario*, rien ne s'oppose à ce qu'un employeur puisse se voir communiquer des numéros d'appel formés par ses travailleurs dans le cadre d'abonnements pris par l'employeur.

Si on se réfère aux principes 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, celle-ci ne prévoit un droit d'accès qu'à la personne concernée par les données. À notre sens, seul le travailleur peut exercer ce droit. L'application de l'article 124 de la loi du 13 avril 2005 induit également une telle solution dès lors que l'employeur, en tant que tiers à la communication, ne peut prendre connaissance de telles données sans le consentement de toutes les personnes concernées par celle-ci. En toute hypothèse, la prise de connaissance de telles données et l'utilisation dans le cadre d'un contrôle du travailleur s'inscrivent dans le cadre d'un traitement de données à caractère personnel au sens de la loi du 8 décembre 1992 qui doit, à ce titre, être réalisé dans le respect de toutes les conditions fixées par cette loi (en ce compris, par exemple, l'obligation d'information préalable du travailleur).

258. H. Bovyssens, *Het beujs in sociale zaken - Arbeidsrecht*, loc. cit., pp. 14-15.

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

260. Ainsi l'article 122, § 2 de la loi du 13 juin 2005 prévoit que les opérateurs peuvent traiter les données trafic concernant les utilisateurs et les abonnés, ces dispositions imposant qu'une information préalable doit leur être fournie quant à ce.

Nous n'avons cependant recensé aucune jurisprudence relative à ce problème dans le cadre de la nouvelle loi et qui se prononcerait sur le droit pour l'employeur d'accéder et/ou d'utiliser à des fins de contrôle aux données d'appel de ses travailleurs en tenant compte de la coexistence de toutes ces dispositions.

c) Les données de géolocalisation

84. À l'heure où les technologies couramment utilisées permettent désormais de localiser l'utilisateur d'un G.P.S., d'un G.S.M. ou encore d'autres appareils qui équipent désormais les poids-lourds, les taxis, et autres véhicules de fonction, commence à se poser la question de l'utilisation des données de localisation générées par ces équipements.

85. Nous ne relevons que peu de jurisprudence à ce sujet et nous ne pouvons que constater que celle-ci ne révèle pas une analyse poussée de la législation en la matière. En effet, la question de la licéité de la preuve ainsi recueillie est souvent plutôt succincte.

Un arrêt de la cour du travail de Bruxelles qui avait analysé la question de l'admission des données G.P.S. pour établir la faute du travailleur (un chauffeur de taxi) n'a pas abordé la question de la recevabilité de la preuve²⁶¹.

La cour du travail de Bruxelles a, dans un arrêt du 18 novembre 2004²⁶², eu à connaître de l'utilisation du G.P.S. qui équipait un taxi pour établir l'existence d'excès de vitesse constants et importants d'un travailleur. Ce dernier avait été licencié par la société de taxi qui l'employait et contestait la recevabilité des preuves ainsi obtenues.

De façon assez laconique, la cour du travail a relevé que « la société utilise le G.P.S. en vue de pouvoir localiser ses véhicules et de permettre ainsi de diriger un taxi vers un client sur base de la proximité. Il ne s'agit nullement d'une atteinte à la vie privée mais de la gestion normale d'une entreprise de taxis. Le but poursuivi n'est pas de surveiller d'une façon ou d'une autre le comportement des chauffeurs : aucun moyen n'est mis en place pour les "espionner". Aucune caméra, aucun enregistrement des conversations ne sont prévus ».

La Cour estime qu'en vertu des articles 16 et 17 de la loi du 3 juillet 1978, l'entreprise doit être à même d'exercer un contrôle sur le travailleur en vertu de l'existence du lien de subordination sous lequel le travailleur effectue son travail et indique également que la Convention collective n° 68 conclue le 16 juin 1998

261. C. trav. Bruxelles, 20 décembre 2001, R.G. n° 42.101, www.cass.be.

262. R.G. n° 45138, www.cass.be.

relative à la protection de la vie privée sur le lieu du travail permet, dans certaines circonstances, l'utilisation de caméras de surveillance. Il semble que la cour ait effectué, sur cette base, une analogie avec la situation du placement d'une caméra pour estimer que celui-ci ne portait pas atteinte à la vie privée du travailleur.

Cet arrêt ne fait nulle mention de la loi du 8 décembre 1992 alors que le traitement de telles données relève de l'application de la loi du 8 décembre 1992, comme il ressort d'un avis rendu par la Commission de la protection de la vie privée ^{263 264}.

Cet arrêt a également été rendu avant l'adoption de la loi du 13 juin 2005 qui contient les dispositions spécifiques à l'utilisation des données de localisation ²⁶⁵.

L'article 123, § 2, de la loi du 13 juin 2005 prévoit que le traitement des données effectué dans le cadre de la fourniture d'un service à données de localisation est soumis à certaines conditions. Ainsi, l'opérateur doit informer l'abonné

263. Voyez à cet égard l'avis n° 12 du 7 septembre 2005 de la Commission de la protection de la vie privée concernant la proposition de loi visant à encadrer la surveillance des travailleurs par l'utilisation du système de monitoring associé au système de navigation G.P.S. sur les véhicules de service, dans le respect de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée (www.privacy.fgov.be).

264. Pour une analyse des conséquences de l'application de cette loi sur la géolocalisation voyez O. RIJCKAERT, « Surveillance des travailleurs : nouveaux procédés, multiples contraintes », *loc. cit.*, pp. 55 et s. Notez toutefois que si Olivier Rijckaert estime que le traitement des données de géolocalisation d'un travailleur nécessite le consentement de celui-ci aux termes de l'article 4, § 1^{er}, 2^o de la loi du 8 décembre 1992, ceci ne nous apparaît indispensable dans la mesure où, aux termes de l'article 5 de cette loi, le traitement de données peut être légitime lorsqu'il s'agit d'un traitement qui est poursuivi pour des intérêts légitimes et qui ne portent pas une atteinte disproportionnée aux droits et libertés de la personne concernée. Ceci n'empêche que les autres dispositions de la loi en termes d'information, de déclaration de la Commission de la vie privée, et toutes autres conditions qui sont imposées par ceux-ci restent évidemment applicables à ce type de traitements.

265. L'article 2, 9^o, de la loi précitée prévoit que le service à données de localisation vise un service qui exige un traitement particulier des données de localisation allant au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour la transmission ou la facturation de la communication. En effet, l'article 123 de la loi du 13 juin 2005 prévoit que ces données ne peuvent être conservées et utilisées par le fournisseur de services de communications électroniques que pour des finalités spécifiques et ce n'est qu'à ce titre en principe qu'elles sont communiquées à l'abonné ou à l'utilisateur du service.

Si l'employeur dispose de la possibilité de pouvoir localiser ses travailleurs au moyen de leur G.P.S., ceci doit rentrer dans le cadre d'un service à valeur ajoutée (ou, selon la terminologie de la loi, un « service à données de localisation ») fourni par le fournisseur de services de communication électronique tel qu'envisagé dans cet article 123 et défini à l'article 2, 9^o, de la loi du 13 juin 2005. En effet, l'utilisation des données de communication au-delà de ce qui s'avère nécessaire pour assurer la prestation d'un service de transmission des données n'est envisageable que dans ce cadre.

ou l'utilisateur final auquel se rapportent les données, avant d'obtenir le consentement de celui-ci pour le traitement, à propos des données de localisation traitées, des objectifs précis du traitement, de la durée du traitement et des tiers éventuels auxquels ces données sont transmises et de la possibilité de retirer à tout moment et définitivement ou temporairement le consentement donné pour le traitement.

Cette question n'est nullement abordée dans une décision plus récente, du tribunal du travail de Liège ²⁶⁶. Dans cette décision, le tribunal se contente de constater qu'aucune convention collective de travail n'impose l'accord du travailleur pour les vérifications G.P.S., que le travailleur savait que l'enregistrement G.P.S. était possible, que ce dernier a été effectué pour vérifier l'emploi du temps pendant le travail et qu'il a été effectué après l'envoi d'une lettre dans laquelle l'employeur s'interrogeait quant à la volonté de créer une structure concurrente par le travailleur. Le tribunal a considéré qu'en l'espèce l'utilisation des données générées par l'usage du G.P.S. répondait bien aux critères de finalité et de proportionnalité.

4. Quatrième illustration : la preuve par des rapports de détective privé

86. 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 question ²⁶⁷. Si elle a, dans certains cas, rejeté de tels rapports, c'est en raison du fait qu'ils émanent d'une partie rémunérée par quelqu'un qui avait un intérêt direct dans l'affaire ²⁶⁸ et que les rapports n'offraient aucune exactitude sur les faits ²⁶⁹. D'autres décisions prennent en compte le rapport établi par le détective sans même questionner sa recevabilité ²⁷⁰. Cette légèreté peut 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 caution ²⁷¹.

266. Trib. trav. Liège, 16 mai 2007, R.G. n°358.538, www.cass.be.

267. H. Buyssens, *op. cit.*, 1999, pp. 24 et 25.

268. Trib. trav. Bruxelles, 13 septembre 1985, *Chron. D.S.*, 1986, p. 278 ; trib. trav. Audenaarde, 3 avril 2001, J.T.T., 2002, p. 347.

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

270. C. trav. Mons (5^e ch.), 16 février 2001, R.G. n° 16287, www.cass.be.

271. 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, R.G. n° 31688, *Bull. ass.* 2002, liv. 3, p. 64, note L. VAN GOSSUM).

La jurisprudence « Antigone » applicable aux litiges civils

Nous avons évoqué dans un précédent numéro du B.S.J.¹, la jurisprudence dite « Antigone » de la Cour de cassation en matière de recevabilité de la preuve. Plusieurs arrêts² dont le fameux arrêt « Manon »³ avaient amorcé une jurisprudence au terme de laquelle le juge ne doit pas nécessairement écarter une preuve recueillie irrégulièrement. La jurisprudence ayant été rendue en matière pénale⁴, les cours et tribunaux avaient à plusieurs reprises affirmé que cette jurisprudence n'avait pas lieu de s'appliquer dans les litiges civils⁵.

Cette affirmation est désormais remise en question par l'arrêt rendu le 10 mars 2008 par la Cour de cassation dans un litige opposant l'ONEM à un chômeur. Ce dernier avait été sanctionné par l'ONEM pour avoir travaillé au noir, l'ONEM s'étant fondé à cet égard sur un procès-verbal dressé par la police qu'il avait obtenu en violation du secret de l'instruction. La Cour du travail d'Anvers avait considéré que l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2005 n'était pas pertinent dans le cadre d'un litige civil.

La Cour de cassation entend donner d'autres contours à l'application de cette jurisprudence. Elle décide que, sauf si la loi prévoit expressément le contraire, le juge doit examiner l'admissibilité d'une preuve illicitement recueillie à la lumière des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en tenant compte de tous les éléments de la cause, y compris de la manière suivant laquelle la preuve a été recueillie et des circonstances dans lesquelles l'irrégularité a été commise.

Sauf lorsque la preuve a été obtenue en violation d'une règle de forme prescrite à peine de nullité, le juge ne peut écarter la preuve que si l'irrégularité entache la fiabilité de la preuve ou si elle conduit à une méconnaissance des principes relatifs au procès équitable.

La Cour de cassation indique dans un premier temps que le juge peut, dans cette perspective, tenir compte entre autres de l'une ou l'autre circonstance suivante : le caractère purement formel de l'irrégularité, l'impact sur le droit ou à la liberté que la norme dont question est censée protéger, le fait que l'autorité en charge de l'enquête ait commis la violation intentionnellement ou non, le fait que la preuve ne concerne l'existence que d'un élément matériel du manquement reproché ou encore la circonstance que l'illicéité commise est sans commune mesure avec la gravité de l'infraction dont l'acte irrégulier a permis la constatation.

On constate toutefois que la Cour va plus loin puisqu'elle casse l'arrêt de la Cour du travail d'Anvers aux motifs que celle-ci a écarté la preuve sur simple constat de l'irrégularité commise dans l'obtention de la preuve mais aussi qu'elle a refusé d'évaluer la recevabilité de la preuve au regard des critères et circonstances évoqués ci-avant.

Cette prise de position de la Cour de cassation tend non seulement à donner au juge la possibilité de prendre un élément de preuve re-

cueilli irrégulièrement mais entend également lui imposer un examen des circonstances de l'irrégularité, et ce même en matière civile.

Si l'on constate que cette orientation de la jurisprudence suit une certaine logique puisque la Cour avait à plusieurs reprises affirmé qu'il ne résulte ni des articles 6 et 8 de la C.E.D.H. ni d'aucune disposition constitutionnelle ou légale que la preuve obtenue en violation d'un des droits fondamentaux garanti par cette convention ou par la Constitution est toujours inadmissible⁶, on peut craindre que cette approche de la question ne contribue à une incertitude juridique.

À suivre cette jurisprudence, il appartient en fin de compte au juge de décider *a posteriori* si une violation d'une norme dans le cadre de l'obtention de la preuve doit ou non être sanctionnée par un écartement de celle-ci.

Ajoutons que, tout en imposant au juge de tenir compte des circonstances particulières de la violation, les critères dégagés par la Cour à cet égard ne sont qu'exemplatifs...

KAREN ROSIER

Assistante à la faculté de Droit des FUNDP
Chercheuse au Centre de
Recherches Informatique et Droit (Crid), FUNDP
Avocate au barreau de Namur

- 1 K. Rosier, *La licéité de la preuve par caméra en droit du travail*, B.S., 2007, n° 356, p. 6.
- 2 Cass., (2^e ch.), 14 octobre 2003, R.G. n° P030762N; Cass., (2^e ch.), 23 mars 2003, R.G. n° P040012N; Cass., (2^e ch.), 16 novembre 2004, R.G. n° P040644N, www.cass.be.
- 3 Cass., 2 mars 2005, J.L., 2005, p. 212 et s., conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH.
- 4 Voyez également : Cass., 12 octobre 2005, RG P050119F; Cass., 21 novembre 2006, RG P060806H, www.cass.be.
- 5 Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 16 mars 2006, inédit, cité par E. Gues, « 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; C. trav. Bruxelles, (4^e ch.), 9 janvier 2007, R.G. n° 45.657, inédit; Trib. trav. Liège, 6 mars 2007, R.R.D., p. 498, note K. Rosier et S. Gues, « Non-respect de la vie privée du travailleur dans le recueil de la preuve du motif grave : quand l'abusé devient abuseur... », p. 498 et s.; C. trav. Bruxelles, 9 janvier 2007, RG 45.657, www.cass.be; Trib. trav. Liège, (3^e ch.), 19 mars 2008, R.G. n° 360.454. 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, 2 mai 2005, J.L.M.B., 2005, p. 438).
- 6 Cass., 21 novembre 2006, RG P060806H; Cass., 12 octobre 2005, RG P050119F; Cass., 16 novembre 2004, RG P041127N, www.cass.be.

Le Tribunal du travail de Gand applique la jurisprudence Antigone dans un litige social

Nous évoquions, dans une précédente édition du B.S.J.¹, l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008 qui indiquait que, sauf lorsque la preuve a été obtenue en violation d'une règle de forme prescrite à peine de nullité, le juge ne peut écarter la preuve que si l'irrégularité entache la fiabilité de la preuve ou si elle conduit à une méconnaissance des principes relatifs au procès équitable². Dans son jugement du 1^{er} septembre 2008, le Tribunal du travail de Gand en fait application³.

Le Tribunal avait à connaître d'un litige opposant un employé à son employeur dans le cadre d'un licenciement pour motif grave. L'employeur, ayant eu vent par des collègues du travailleur de ce que ce dernier travaillait parallèlement pour une société concurrente, avait notamment fouillé l'ordinateur d'un collègue du travailleur. Il avait ainsi pu prendre connaissance d'une série d'e-mails qui avaient été adressés par le travailleur dont question à son collègue.

Alors que le travailleur faisait valoir qu'il y avait eu violation de sa vie privée (article 22 de la Constitution) et de la C.C.T. n° 81⁴, le Tribunal développe une série de considérations qui l'amène à conclure la recevabilité des preuves ainsi obtenues. En particulier, le Tribunal estimera que, dès lors que le non-respect des dispositions de la C.C.T. n° 81 n'est pas sanctionné de nullité, d'une part, et qu'il n'est pas établi que l'irrégularité éventuelle – à savoir l'absence d'information préalable du travailleur – aurait compromis la fiabilité des pièces obtenues d'autre part, qu'il peut avoir égard aux pièces produites. Il s'appuie pour ce faire sur la jurisprudence Antigone de la Cour de cassation, et en particulier, sur son arrêt du 10 mars 2008 précité.

C'est, à notre connaissance, une première application de cette jurisprudence alors que, jusqu'à présent, les cours et tribunaux avaient à plusieurs reprises affirmé que cette jurisprudence n'avait pas lieu de s'appliquer dans les litiges civils⁵. Cette jurisprudence a pour conséquence qu'il appartient, en fin de compte et *a posteriori*, au juge d'établir si les preuves obtenues en violation de la C.C.T. n° 81 peuvent, ou non, être prises en considération nonobstant une irrégularité commise lors de l'obtention de la preuve.

KAREN ROSIER

Assistante à la faculté de Droit des FUNDP
Chercheuse au Centre de
Recherches Informatique et Droit (Crid), FUNDP
Avocate au barreau de Namur

1 K. Rosier, « La jurisprudence Antigone applicable aux litiges civils ? », *B.S.J.*, 2008, n° 395, p. 6.

2 *Cass.*, 10 mars 2008, RG n° 5.07.0073.N, www.cass.be.

3 *Trib. trav. Gand*, 1^{er} septembre 2008, R.G. n° 175054/06, www.cass.be.

4 C.C.T. n° 81 du 26 avril 2002 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électroniques en réseau, rendu obligatoire par arrêté royal du 21 juin 2002, M.B., 29 juin 2002.

5 *Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.)*, 16 mars 2006, inédit cité par F. Guier, « 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; *C. trav. Bruxelles (4^e ch.)*, 9 janvier 2007, R.G. n° 45.657, inédit; *Trib. trav. Liège*, 6 mars 2007, R.R.D., p. 498, note K. Rosier et S. Gasson, « Non-respect de la vie privée du travailleur dans le recueil de la preuve du motif grave : quand l'absence de preuve devient donnée », n° 498 et s.; *C. trav. Bruxelles*, 9 janvier 2007, R.G. n° 45.657, www.cass.be; *Trib. trav. Liège (2^e ch.)*, 19 mars 2008, R.R.D., n° 3068136, www.cass.be; pour une application de la jurisprudence de la Cour de cassation dans un litige civil, voir cependant l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Mons le 2 mars 2008 (Mons, 2^e mars 2008, J.C.M.B., 2008, p. 488).

Celui qui voulait surfer à l'insu de son employeur...

La Cour du travail d'Anvers a rendu, le 2 septembre 2008, un arrêt inédit¹ comportant une analyse détaillée des implications de l'application de la CCT n° 81². Un contrôle opéré par le responsable du département ICT de l'entreprise avait mis en évidence une utilisation intensive de l'internet et de l'e-mail à des fins privées par un employé qui se révéla être, après individualisation des données, un autre membre du département ICT.

La Cour vérifie, de la mise en place du système contrôle jusqu'à sa mise en œuvre dans le cas d'espèce, si les conditions définies par la CCT ont été respectées. Deux points tranchés de la décision nous interpellent plus particulièrement.

Tout d'abord, la Cour se prononce sur le champ d'application de la CCT. En effet, les connexions internet mises en causes avaient été réalisées via une connexion réservée au serveur mail et non au moyen de la connexion internet à disposition du travailleur de sorte que l'employeur soutenait que la CCT ne s'appliquait pas. La Cour trouve appui sur l'article 2 de la CCT pour considérer que ce qui importe n'est pas la technologie utilisée mais le fait que le contrôle porte sur des communications réalisées dans le cadre ou, du moins, pendant la durée du travail.

Ensuite, la Cour se penche sur la problématique de la finalité des contrôles. On rappellera que la CCT n'autorise les contrôles que pour certaines finalités³ et que si elle permet une individualisation immédiate des données pour identifier l'auteur du comportement problématique, elle exclut toutefois cette possibilité lorsque le contrôle vise à vérifier que les travailleurs respectent les consignes de l'employeur relatives à l'utilisation des outils de communication. Dans ce cas, l'employeur doit informer les travailleurs de l'existence de l'anomalie et les avertir qu'une individualisation des données de communication électroniques aura lieu si l'anomalie se répète⁴. Or ce qui était reproché en l'espèce au travailleur, c'est de ne pas avoir respecté le règlement IT en vigueur dans l'entreprise tandis qu'il n'était pas contesté qu'il avait été procédé lors du contrôle à une individualisation des données sans phase d'information préalable.

La Cour retient qu'en l'espèce, le contrôle poursuivait à la fois une finalité de contrôle du respect de ce règlement interne et une finalité de protection de la sécurité et du bon

fonctionnement du système informatique de l'entreprise. À suivre la Cour, le simple fait que le contrôle vise au moins une finalité pour laquelle aucune phase d'alerte préalable n'est exigée autoriserait une identification immédiate du contrevenant, et ce nonobstant les conséquences que l'on pourrait tirer par la suite du constat d'une éventuelle violation des règles d'utilisation internes à l'entreprise dans le chef de la personne identifiée.

Notons encore que le travailleur faisait valoir que, sans en avoir averti son personnel, l'entreprise utilisait un système de contrôle dont une fonctionnalité permettait à tout moment une individualisation du contrôle de sorte qu'il était illusoire de penser que l'entreprise s'en prive, quelle que soit par ailleurs la finalité du contrôle. La Cour balaie l'argument en constatant notamment qu'à supposer même qu'il y ait eu une irrégularité dans la procédure de contrôle, celle-ci n'entacherait pas la fiabilité de la preuve ni ne priverait le travailleur d'un procès équitable. Elle entend ainsi faire application de la jurisprudence dite « Antigone » de l'arrêt de la Cour de cassation dans un litige social pour prendre en compte une preuve obtenue éventuellement de manière irrégulière⁵.

KAREN ROSIER

Assistante à la faculté de Droit des FUNDP
Chercheuse au Centre de
Recherches Informatique et Droit (Grid), FUNDP
Avocate au barreau de Namur

¹ C. trav. Anvers (section de Hasselt), 2 septembre 2008, RG 2070230, inédit.

² CCT n°81 du 26 avril 2002 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électroniques en réseau, rendu obligatoire par l'A.R. du 21 juin 2002, M.B., 29 juin 2002.

³ Définis à l'article 5, §1 de la CCT.

⁴ CCT n° 81, article 16.

⁵ Le Tribunal se fonde plus particulièrement sur l'arrêt du 10 mars 2008 (Cass., 10 mars 2008, RG n° S.07.0073.N, www.cass.be). Pour une autre application à un litige social, voy.: Trib. trav. Gand, 1^{er} septembre 2008, R.G. n° 175054/06, www.cass.be.