

S.18.0059.F

Conclusions de M. l'avocat général MORMONT :

Le contexte du litige.

1.

Le litige a trait à l'indemnisation des conséquences du licenciement pour motif grave du défendeur par la demanderesse.

Le défendeur a considéré que son licenciement pour motif grave était irrégulier et postulé pour ce motif diverses condamnations à charge de la demanderesse.

2.

La cour du travail a fait droit à ces demandes après avoir considéré qu'un certain nombre d'éléments de preuve avaient été obtenus par la demanderesse en violation soit de l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, soit de la convention collective 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 réseau¹ ou encore du droit au respect de la vie privée. L'arrêt en a déduit que ces éléments de preuve obtenus illégalement et irrégulièrement n'étaient pas recevables, empêchant la demanderesse de prouver la régularité et le fondement du licenciement pour motif grave du défendeur.

Le premier moyen.

3.

Le premier moyen est dirigé contre la décision de l'arrêt de condamner la demanderesse à payer au défendeur une indemnité compensatoire de préavis, une prime de fin d'année, une indemnité d'éviction, des dommages et intérêts pour abus du droit de licencier et en réparation de l'absence de procédure de reclassement professionnel, ainsi que les dépens. Toutes ces condamnations sont fondées sur le caractère irrégulier du licenciement pour motif grave du défendeur.

4.

Le moyen fait valoir que la preuve des faits qui justifient le licenciement pour motif grave, de même que de sa régularité, incombent à la partie qui l'a donné. Cette preuve peut être apportée par toutes voies de droit.

Aucune règle n'interdit en la matière l'utilisation d'une preuve obtenue de manière illicite ou irrégulière.

Faute de règle particulière qui prescrirait certaines formalités à peine de nullité ou les assortirait d'une sanction spécifique, la preuve recueillie irrégulièrement ne pourrait être écartée que si l'irrégularité est préjudiciable à sa crédibilité ou si elle porte atteinte au droit à

¹ Cette convention collective de travail, conclue au sein du Conseil national du Travail, a été rendue obligatoire par l'arrêté royal du 12 juin 2002.

un procès équitable. Le moyen expose les critères qui doivent guider le juge dans son appréciation de cette atteinte.

Le moyen fait valoir que la demanderesse alléguait devant la cour du travail qu'aucune de ces restrictions à l'admissibilité de ses preuves irrégulièrement recueillies n'était rencontrée: aucune forme méconnue n'était prescrite à peine de nullité, aucun vice n'entachait la valeur probante de ces preuves et les garanties d'un procès équitable étaient assurées au défendeur.

Considérant que ces preuves recueillies irrégulièrement devaient être écartées sur cette seule base et sans constater la présence d'une de ces trois restrictions, la cour du travail ne justifierait pas légalement sa décision et violerait les dispositions visées au moyen.

Appréciation.

5.

Le premier moyen pose la question de l'application, en matière civile et sociale, de la règle de l'admission conditionnelle en justice des preuves obtenues illégalement², connue depuis une vingtaine d'années sous le nom de « jurisprudence Antigone ».

6.

Traditionnellement, tant en matière civile que pénale, la preuve obtenue illégalement n'était pas admise. L'illégalité de la preuve entraînait son écartement, de manière automatique et sans restriction.

Par un arrêt du 10 décembre 1923³ déjà, Votre Cour avait jugé que les constatations irrégulières de verbalisants étaient nulles et dépourvues d'effet. Le premier avocat général Paul Leclercq avait conclu avant cet arrêt que « cette action illégale [des agents du fisc] ne peut avoir ni directement ni indirectement aucune conséquence légale » et que « le fait que cette action illégale leur aurait permis de constater, légalement n'est pas constaté », concluant enfin que « n'existant que pour assurer le respect de la loi, l'administration se nie elle-même en voulant s'appuyer sciemment sur les illégalités commises par ses agents ».

Jugé également, par exemple, qu'un aveu obtenu par l'utilisation d'éléments de preuve illicites, tels qu'une violation du secret professionnel, ne peut être lui-même retenu comme preuve⁴.

² Par ces termes, on vise tant les preuves constituées de manière illégale que les preuves légales par elles-mêmes mais obtenues de manière illégale. Sur cette distinction, voy. N. DELWAIDE, « Antigone en matière civile : les incertitudes persistent », *RDC/TBH* 2019, p. 1141 et D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en matière civile », *JT* 2017, p. 69. Ces auteurs relèvent que ces deux catégories de preuves illégales — qu'il définissent du reste de manière légèrement différentes — se voient généralement réserver le même sort (pour une décision établissant une distinction et écartant sans autre appréciation les preuves illégales par elles-mêmes : C. trav. Bruxelles, 12 juin 2015, *JTT* 2015, p. 364). Voy. aussi B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, « Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken over de geoorloofdeheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht », *RW* 2002-2003, p. 41.

³ Cass. 10 décembre 1923, *Pas.* 1924, I, p. 66, avec les concl. de M. LECLERCQ, premier avocat général.

⁴ Cass. 18 avril 1985, RG 7248, *Pas.* 1985, I, n° 490 ; Cass. 29 octobre 1962, *Pas.* 1963, I, p. 272 (dans ce dernier arrêt, la Cour a étendu sa jurisprudence concernant les irrégularités commises par les autorités à celles qui sont le fait de particuliers). Voy. aussi Cass. 3 février 1941, *Pas.* 1941, I, p. 30 ; Cass. 6 mars 1944, *Pas.* 1944, I, p. 237 ; Cass. 24 mai 1948, *Pas.* 1948, I, p. 334 ; Cass. 2 septembre 1948, *Pas.* 1948, I, p. 488 ; Cass. 13 octobre 1952, *Pas.* 1952, I, p. 52 ; Cass. 29 octobre 1962, *Pas.* 1962, I, p. 272 ; Cass. 15 février 1965, *Pas.* 1965, I, p. 601 ; Cass. 10 mai 1965, *Pas.* 1965, I, p. 952.

La solution n'appelait guère de discussion en doctrine civile⁵ seule étant en débat la question de savoir, notamment en matière de loyauté ou de respect de la vie privée, où tracer la limite entre ce qui est régulier et ce qui ne l'est pas.

En matière pénale, les choses étaient avec le temps devenues un peu moins claires toutefois, spécialement lorsque l'irrégularité à l'origine de la preuve était le fait d'un tiers plutôt que des autorités de poursuite elles-mêmes⁶. Toujours en matière pénale, jurisprudence et doctrine discutaient également du point de savoir si toutes les formalités méconnues rendaient la preuve illégale ou seulement celles ayant un caractère substantiel, la distinction entre ces deux catégories ne recevant d'ailleurs pas de réponse très nette⁷ — mais la question était alors abordée sous l'angle de l'irrégularité de la preuve plutôt que des conséquences de cette irrégularité.

7.

Cette jurisprudence classique a été bouleversée, en matière pénale, par l'arrêt dit « Antigone »⁸ du 14 octobre 2003⁹.

La Cour a en effet jugé que la circonstance qu'un élément de preuve a été obtenu irrégulièrement a, en règle, uniquement pour conséquence que le juge lorsqu'il forme sa conviction, ne peut prendre cet élément en considération ni directement ni indirectement :

- soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité ;
- soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ;
- soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable.

En dépit d'une formulation restant négative de la règle (*le juge ne peut prendre cet élément en considération*), cet arrêt renverse la perspective. Désormais, l'écartement de la preuve illégale n'est plus automatique et ne peut avoir lieu que dans une des trois hypothèses que la Cour énonce.

Les conclusions conformes du ministère public précédant cet arrêt exposaient en quoi la solution qu'il retient est le fruit d'une évolution prenant acte à la fois des insatisfactions en cas d'application de la solution traditionnelle aux hypothèses d'irrégularités commises par des tiers — c'est-à-dire des particuliers plutôt que des enquêteurs — mais aussi des nécessités contemporaines d'une répression efficace et ne devant pas être entravée par des règles de procédure complexes et changeantes dont la méconnaissance peut être vénielle ou involontaire. Ces conclusions renaient également que la solution nouvelle était connue dans

⁵ Voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier 1991, p. 34 ; R. MOUGENOT, *La preuve*, Bruxelles, Larcier 1997, 2^{ème} éd. p. 76 : « Il est hors de doute que la recherche des preuves doit se faire selon des procédés corrects et loyaux et que les tribunaux n'auront pas égard aux éléments de preuve que l'on se serait procuré par des procédés illicites ».

⁶ Voy. e.a. F. KUTY, « La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière : de la précision au bouleversement », note sous Cass. 14 octobre 2003, *RCJB* 2004, p. 410.

⁷ Voy. L. KENNES, *Manuel de la preuve en matière pénale*, Malines, Kluwer 2009, 2^{ème} éd., p. 41.

⁸ Du nom de l'opération policière en cause dans le dossier concerné et au cours de laquelle avaient été recueillis irrégulièrement certains éléments de preuve des infractions mises à charge du prévenu. Le nom est devenu célèbre peut-être par sa prédestination : la figure tragique d'Antigone illustre en effet de manière éclatante le conflit qui peut surgir entre la règle de droit et le sentiment de justice, qui est finalement aussi en jeu dans cette problématique.

⁹ Cass. 14 octobre 2003, RG P.03.0762.N, *Pas.* 2003, n° 499, avec les concl. de M. DE SWAEF, avocat général. Cet arrêt a fait l'objet de nombreuses autres publications et d'autant de commentaires, que l'on renonce à tous citer.

les pays voisins et avait déjà obtenu l'aval de principe de la Cour européenne des droits de l'homme.

L. KENNES insiste pour sa part sur les conceptions anglo-saxonnes du procès pénal, fondées sur la recherche de l'équité générale au cours d'un procès essentiellement accusatoire, qui auraient inspiré cette évolution jurisprudentielle¹⁰.

8.

La chambre pénale de la Cour a confirmé cette jurisprudence à diverses reprises. Elle a également eu l'occasion de la préciser en indiquant quels critères devaient guider l'appréciation du juge quant à l'équité du procès.

Ainsi, par un arrêt du 23 mars 2004¹¹, la Cour a indiqué qu'il appartient au juge d'apprécier l'admissibilité d'une preuve obtenue illicitement à la lumière des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, compte tenu des éléments de la cause prise dans son ensemble, y compris le mode d'obtention de la preuve et les circonstances dans lesquelles l'illicéité a été commise. Elle poursuit en précisant encore que, lors de cette appréciation, le juge peut prendre en considération notamment la circonstance ou l'ensemble des circonstances suivantes :

- soit que l'autorité chargée de l'information, de l'instruction et de la poursuite des infractions a ou non commis intentionnellement l'acte illicite ;
- soit que la gravité de l'infraction dépasse de manière importante l'illicéité commise ;
- soit que la preuve obtenue illicitement ne concerne qu'un élément matériel de l'existence de l'infraction¹².

La Cour a encore eu l'occasion d'indiquer que cette appréciation des circonstances dans lesquelles l'usage d'une preuve recueillie illégalement viole le droit à un procès équitable est souveraine dans le chef du juge du fond, pour autant que les circonstances sur lesquelles il fonde cette appréciation soient de nature à justifier sa décision¹³.

Peuvent encore être cités dans le même sens les arrêts des 16 novembre 2004¹⁴, du 2 mars 2005¹⁵, 8 novembre 2005¹⁶, 31 octobre 2006¹⁷, 21 novembre 2006¹⁸, 4 décembre 2007¹⁹.

¹⁰ L. KENNES, *op. cit.*, p. 47.

¹¹ Cass. 23 mars 2004, RG P.04.0012.N, *Pas.* 2004, n° 165.

¹² Ce dernier critère oppose implicitement la preuve de l'élément matériel de l'infraction à celle de son élément moral, par exemple lorsque l'irrégularité consiste en une action de provocation.

¹³ Cass. 8 novembre 2005, RG P.05.1106.N, *Pas.* 2005, n° 576.

¹⁴ Cass. 16 novembre 2004, RG P.04.0644.N, *Pas.* 2004, n° 549 avec les concl. de M. DUINSLAEGER, avocat général ; Cass. 16 novembre 2004, RG P.04.1127.N, *Pas.* 2004, n° 550 avec les concl. de M. DUINSLAEGER, avocat général.

¹⁵ Cass. 2 mars 2005, RG P.04.1644.F, *Pas.* 2005, n° 130, avec les concl. de M. VANDERMEERSCH, avocat général.

¹⁶ Cass. 8 novembre 2005, RG P.05.1106.N, *Pas.* 2005, n° 576.

¹⁷ Cass. 31 octobre 2006, RG P.06.1016.N, *Pas.* 2006, n° 535. Cet arrêt indique que le caractère intentionnel de l'acte illicite posé par l'autorité pour obtenir des preuves ne doit pas nécessairement conduire le juge à exclure ces preuves. En d'autres termes, il s'agit d'un élément d'appréciation mais qui n'est pas déterminant.

¹⁸ Cass. 21 novembre 2006, RG P.06.0806.N, *Pas.* 2006, n° 581.

¹⁹ Cass. 4 décembre 2007, RG P.07.1302.N, *Pas.* 2007, n° 613.

On a eu l'occasion de dire que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est également largement fixée dans le sens de ne pas interdire *a priori* ou de manière systématique l'utilisation en justice d'une preuve irrégulière, mais d'apprécier la question sous l'angle de l'équité générale du procès²⁰.

La Cour constitutionnelle a opiné dans le même sens²¹.

9.

On ne reviendra pas sur les commentaires, parfois critiques, suscités par cette jurisprudence en matière pénale puisqu'elle a été depuis lors consacrée sans ambiguïté par l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale²², qui s'exprime comme suit: la nullité d'un élément de preuve obtenu irrégulièrement n'est décidée que si :

- le respect des conditions formelles concernées est prescrit à peine de nullité, ou ;
- l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, ou ;
- l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable.

10.

Rapidement après l'arrêt « Antigone » la question s'est posée de savoir si les nouveaux principes qu'il consacrait allaient être transposés en matière civile: le rejet systématique de la preuve illégale allait-il céder la place à son admission sous condition ?

Ici encore, la controverse a fait rage.

11.

Le 10 mars 2008, la Cour a rendu un arrêt rédigé comme suit:

« 1. Sauf si la loi prévoit expressément le contraire, le juge peut examiner l'admissibilité d'une preuve illicitement recueillie à la lumière des articles 6 de la Convention de sauvegarde

²⁰ Voy. les arrêts cités par l'avocat général DE SWAEF dans ses conclusions précédant l'arrêt du 14 octobre 2003. Voy. également l'examen fait par L. KENNES, *op. cit.*, p. 41 et ss. ; notamment : Cr.E.D.H., 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, §§ 34-35 ; Cr.E.D.H., 25 septembre 2001, *P.G et J.H. c. Royaume-Uni*, §§ 76-77 ; Cr.E.D.H., 5 novembre 2002, *Allan c. Royaume-Uni*, §§ 42-43 ; CEDH, 1^{er} mars 2007, *Heglas c. République tchèque*, §§ 85-86 ; Cr.E.D.H. (gde chambre), 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, §§ 89-90 ; Cr.E.D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davies c. Belgique*, §§ 41-42.

²¹ Voy. C. const. 22 décembre 2010, n° 158/2010 : « Ni les articles 12 et 22 de la Constitution, ni les articles 6.1 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'exigent la « nullité automatique » d'éléments de preuve obtenus illicitement. Au demeurant, la disposition en cause (il s'agissait de l'article 34, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, qui a trait aux contrôles d'identité) n'empêche pas le juge de ne pas prendre en compte la preuve obtenue - en méconnaissance de cette disposition - si l'illicéité commise devait affecter la fiabilité de la preuve ou si l'utilisation de la preuve devait conduire à une violation du droit de l'intéressé à un procès équitable, garanti par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

²² Cet article a été inséré par la loi du 24 octobre 2013 modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités. Il s'agissait du seul contenu de ce texte, dont le but était de reprendre « littéralement les termes de la jurisprudence de la Cour de cassation » pour lui conférer un ancrage légal (*Doc. Parl.*, Ch., sess. 2012-2013, n° 53-41/002, p. 2). Le texte, on le voit, ne reprend toutefois que les trois hypothèses d'exclusion de la preuve irrégulière, sans adopter également les critères d'appréciation de la dernière d'entre elles qu'avait dégagés la jurisprudence de la Cour. Il ne s'en déduit pas la perte de pertinence de ces critères, mais plutôt la reconnaissance de ce qu'ils ne sont pas limitatifs et susceptibles d'affinement. Sur l'application de ce texte, voy., parmi d'autres, F. LUGENTZ, « Les effets de l'irrégularité de la preuve dans la procédure pénale », *JT* 2017, p. 61.

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 en cas de violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, la preuve illicitement recueillie ne peut être écartée que si son obtention est entachée d'un vice qui est préjudiciable à sa crédibilité ou qui porte atteinte au droit à un procès équitable.

Le juge qui procède à cette appréciation peut notamment tenir compte d'une ou de plusieurs des circonstances suivantes : le caractère purement formel de l'irrégularité, sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée, la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement, la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité, le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction, le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction.

2. Les juges d'appel ont décidé que la circonstance qu'un élément de preuve a été illicitement recueilli a pour conséquence que le juge ne peut se fonder, directement ou indirectement, sur cet élément de preuve pour asseoir sa conviction et que les éléments de preuve qui découlent d'un élément de preuve illicitement recueilli ne peuvent davantage constituer des éléments de preuve licitement recueillis.

3. Les juges d'appel qui ont décidé par ces motifs que les éléments de preuve illicitement recueillis ne sont pas admissibles et ont refusé d'apprécier cette admissibilité à la lumière des critères ou circonstances précités, n'ont pas justifié légalement leur décision »²³.

Il faut bien constater que doctrine et jurisprudence de fond sont restées fort divisées quant à la portée exacte de cette décision, notamment en raison, d'une part, de la circonstance qu'elle concernait la preuve d'infractions à la réglementation du chômage ce qui paraissait donner au litige un caractère répressif plutôt que purement civil, et, d'autre part, du recours par l'arrêt à un lexique typiquement pénal et apparemment emprunté aux arrêts de la deuxième chambre²⁴.

La controverse faisait tout autant rage en matière fiscale²⁵, encore alimentée par des décisions européennes²⁶ et par des arguments propres à cette matière²⁷.

²³ Cass. 10 mars 2008, RG S.07.0073.N, *Pas.* 2008, n° 166.

²⁴ Pour un commentaire, voy. notamment R. DE BAERDEMAEKER, « Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie : quand la fin justifie les moyens... », *JLMB* 2009, p. 584 ; K. ROSIER, « Illégalités d'un système de traçage G.P.S. et preuve irrégulière », *JLMB* 2020, p. 1353 ; J. CLESSE et F. KÉFER, « Examen de jurisprudence (2013-2019). Contrat de travail », *RCJB* 2020, p. 349 ; D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en matière civile », *JT* 2017, p. 69 ; S. GILSON, F. LAMBINET et H. PREUMONT, « La preuve en droit du travail : évolutions et questions particulières », *Ors.*, 2020/10, p. 28 et les nombreuses décisions de fond citées ; S. DECLERCQ et M. SCHOUTEDEN, « Antigoon blijft spoken in burgerlijke zaken, op zoek naar aangepaste weringscriteria », *Limb. rechtsl.*, 2019/4, p. 287.

²⁵ Ainsi, par un arrêt du 22 mai 2015, la Cour a considéré que la législation fiscale ne contenait aucune disposition générale interdisant l'utilisation d'une preuve obtenue illégalement pour déterminer une dette d'impôt ou infliger un accroissement ou une amende, mais que l'utilisation d'une preuve obtenue illégalement doit être appréciée à la lumière des principes de bonne administration et du droit à un procès équitable, sauf lorsque le législateur prévoit une sanction particulière. La cour renvoie, pour cette appréciation aux « critères *Antigone* » (Cass. 22 mai 2015, RG F.13.0077.N, *Pas.* 2015, n° 335). La Cour a répété cet enseignement dans un arrêt du 18 janvier 2018 (Cass. 18 janvier 2018, RG F.16.0031.N, *Pas.* 2018, n° 39). Par un arrêt du 28 juin 2018, la Cour a réitéré ces règles avant de les confronter aux jurisprudences possiblement contraires des cours de

12.

Contrairement au domaine pénal, le législateur a choisi de ne pas la trancher, ne saisissant pas l'occasion de l'adoption du livre 8 du Code civil pour prendre position — ce qui peut se comprendre par la philosophie qui a présidé à sa rédaction et qui était de codifier à droit constant, mais aussi par l'affirmation que la problématique relève du droit procédural plutôt que du droit civil²⁸.

13.

En défaveur de l'importation dans le contentieux civil de ces règles désormais acquises en matière pénale on peut faire valoir tous les arguments qui avaient été — et sont encore — opposés à la « jurisprudence Antigone » puis à sa concrétisation législative.

Il en va ainsi par exemple de la nécessité de ne pas associer les juridictions à des violations de la loi.

On peut citer également le fait que ces règles ont pour conséquence de priver de sanction — à moins que celle-ci ne soit prévue de manière expresse — les normes réglementant la récolte de preuves et qu'elles constituent ainsi une forme de désincitation au respect de ces normes, voire une incitation à les méconnaître sciemment en faisant le pari d'une preuve finalement admise en justice.

De même, on peut encore regretter l'imprévisibilité et l'insécurité juridique qui découlent de la « jurisprudence Antigone »²⁹. Hormis celles — rares — qui sont obtenues en méconnaissance de formes prescrites à peine de nullité, aucune preuve n'est désormais plus irrecevable *a priori* en sorte que l'issue d'un litige peut rester incertaine, avec notamment les conséquences qui peuvent en résulter en termes de casuistique et d'éventuelle rupture d'égalité entre justiciables.

Strasbourg et Luxembourg puis d'interroger cette dernière à titre préjudiciel (Cass. 28 juin 2018, RG F.17.0016.N, *Pas*, 2018, n° 426). Par un arrêt du 24 octobre 2019 (CJUE, 24 octobre 2019, n° C-469/18 et C-470/18, *I.N. et J.M. c. Etat belge*), la Cour de Luxembourg a toutefois refusé de répondre à ces questions préjudicielles les jugeant irrecevables au motif qu'elles ne relevaient pas du droit de l'Union, celui-ci ne prévoyant pas de règles relatives aux modalités de l'administration de la preuve en matière de TVA. Par un arrêt du 17 décembre 2015, elle avait toutefois jugé — et c'est sur ce point que la Cour de cassation l'interrogeait — qu'en matière de perception de la TVA les preuves obtenues en violation d'un droit fondamental devaient être écartées (C.J.U.E., 17 décembre 2015, n° C-419/14, *WebMindLicenses Kft.*). Il est toutefois à relever que les développements de cet arrêt étaient plus nuancés et laissaient entendre qu'un contrôle par le juge national de la nécessité du recours aux éléments de preuve en cause était possible (voy. à cet égard les conclusions de l'avocat général KOKOTT précédant l'arrêt du 24 octobre 2019 précité).

²⁶ Voy. les deux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne cités à la note précédente et les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme cités *infra*.

²⁷ Voy. à cet égard par ex. M. MORIS, *Procédure fiscale approfondie en matière d'impôts directs*, Limal, Anthemis 2020, 3^{ème} éd., p. 359 et ss ; S. DE RAEDT, « Het fiscaal gebruik van gestolen informatie : tijd voor duidelijkheid en België ? », *TFR* 2019, p. 205 ; H. VANDEBERGHE, « Kritische bendenkigen bij het Antigoonleer », *TFR* 2018, p. 1039. Il est toutefois permis de penser que ces éléments propres à la matière fiscale ne sont pas tous totalement déterminants. Ainsi, l'atteinte au droit de propriété n'apparaît pas tellement plus nette en matière d'impôts que dans un autre litige civil ayant un impact sur le patrimoine des parties. De même, s'il existe assurément un principe de légalité de l'impôt, on ne voit pas forcément en quoi il aurait une portée plus exigeante que le principe de légalité en matière pénale.

²⁸ *Doc. Parl.*, Ch., sess. 2018-2019, n° 54-3349/1, p. 4.

²⁹ H. VANDEBERGHE, *op. cit.*, p. 1042.

On conviendra toutefois que si ces inconvénients — bien réels — ne forment pas un obstacle à ce régime nouveau en matière répressive, où est pourtant fréquemment en cause le droit fondamental à la liberté individuelle de la partie poursuivie, il n'existe pas de raison apparente à ce qu'ils soient plus dirimants en matière civile. Au contraire, certains arguments propres à la matière pénale — l'importation induite dans une procédure pénale continentale plutôt inquisitoire de mécanismes propres au procès anglo-saxon accusatoire par exemple — perdent de leur pertinence dans le contexte du procès civil. Il en va de même de la volonté de sanctionner les irrégularités commises par les autorités publiques chargées de rechercher et de poursuivre les infractions, qui n'est pas complètement transposable au comportement de particuliers poursuivants des intérêts privés.

Par ailleurs, certains de ces arguments sont peut-être exagérés. Il en va ainsi de la casuistique et l'imprévisibilité qui résultent du nouveau régime. Il n'est pas foncièrement inexact de les relever et elles procèdent assurément d'une des tendances de la justice contemporaine, qui n'est plus seulement faite de l'application de règles rares et claires, mais aussi de l'arbitrage de la cohabitation de normes nombreuses, d'origines et de statuts divers et aux contenus parfois peu déterminés. Pour autant, on l'a indiqué, il faut voir que la situation qui avait précédé l'arrêt du 14 octobre 2003 n'était pas exempte non plus de toute imprévisibilité, tenant notamment à la ligne de partage entre preuves régulières et irrégulières, spécialement quand elles émanaient de particuliers plutôt que des autorités ou quand il s'agissait de distinguer entre les formes substantielles et celles qui ne l'étaient pas. Dès lors, il serait sans doute excessif d'affirmer qu'avant l'arrêt du 14 octobre 2003, les parties à un procès, civil comme pénal, savaient d'avance à quoi s'en tenir sur l'admissibilité en justice de tel ou tel élément de preuve.

Il existe par ailleurs d'autres arguments propres à la matière civile et qui pourraient être soulevés pour s'opposer à ce qu'y soit transposée la « jurisprudence Antigone ».

On peut ainsi envisager en premier lieu que les nécessités sociales d'une répression efficace et les perspectives de droit pénal comparé, qui ont justifié l'émergence de la « jurisprudence Antigone », ne sont pas transposables en droit civil. Dans le même ordre d'idées, la balance des intérêts entre l'irrégularité commise et la gravité de l'infraction est également malaisée à transposer au contentieux civil.

Ces réflexions sont sans doute exactes. Pour autant, on le verra, la recherche de la vérité en dépit d'irrégularités formelles qui ne la compromettent pas paraît une préoccupation similaire dans les matières répressives et civiles. De même, le droit à la preuve dans le chef de la partie sur laquelle repose sa charge est une valeur également digne d'intérêt. Par ailleurs, les critères d'appréciation du respect du procès pénal équitable et la balance des intérêts qu'ils imposent peuvent être adaptés au procès civil, notamment en demandant au juge d'évaluer l'éventuel déséquilibre entre l'irrégularité commise et l'enjeu — ou la nécessité — de la preuve sur laquelle elle a débouché.

On peut aussi évidemment soutenir que le législateur, s'il a jugé bon de consacrer la « jurisprudence Antigone » en matière de procédure pénale, n'a pas estimé nécessaire d'agir de la sorte en droit de la procédure civile, alors pourtant que le droit de la preuve a été refondu. On l'a vu cependant, cette abstention procède de la volonté de ne pas trancher la question bien davantage que de celle de refuser l'importation du régime pénal nouveau.

A l'inverse, divers arguments, déjà ébauchés pour certains, militent en faveur du recours en matière civile à un régime d'admissibilité conditionnée de la preuve irrégulière.

On l'a vu, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle est fixée pour considérer que les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tout comme les articles 12 et 22 de la Constitution, n'exigent pas la « nullité automatique » d'éléments de preuve obtenus illicitement³⁰.

La jurisprudence de Strasbourg est fixée largement dans le même sens, qui a toujours privilégié une approche du droit au procès équitable qui n'est pas centrée sur la question de savoir si des éléments de preuve recueillis irrégulièrement ou même en violation de la Convention auraient dû ou n'auraient pas dû être admis — problématique dont elle considère qu'elle relève essentiellement du droit interne³¹, mais sur celle consistant à déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable³². Elle indique que, pour déterminer si l'utilisation comme preuves d'informations obtenues au mépris de garanties de la Convention a privé le procès dans son ensemble du caractère équitable voulu par l'article 6, il faut prendre en compte toutes les circonstances de la cause et se demander en particulier si les droits de la défense ont été respectés et quelles sont la qualité et l'importance des éléments en question. Parmi les éléments à retenir figurent les points de savoir si le requérant a pu contester l'authenticité des preuves et s'opposer à leur utilisation, si les preuves étaient d'une qualité suffisante — ce qui impose de rechercher si les circonstances dans lesquelles elles ont été obtenues jettent le doute sur leur crédibilité ou leur exactitude — si elles sont corroborées par d'autres éléments et enfin si les preuves en question étaient déterminantes pour l'issue du procès³³.

Ce faisant, la Cour de Strasbourg adopte donc, de longue date, une approche similaire à celle de la « jurisprudence Antigone ».

Par ailleurs, elle considère également que le droit à la preuve, c'est-à-dire à « faire valoir l'ensemble des arguments et moyens de preuve à l'appui de sa cause », constitue aussi une composante du droit au procès équitable³⁴.

Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme juge encore que les exigences d'une procédure contradictoire et équitable sont globalement les mêmes au civil et au pénal³⁵.

De même, sous réserve d'un arrêt rendu en 2015 en matière fiscale³⁶, la Cour de justice de l'Union européenne s'est plutôt prononcée en faveur de la possibilité de l'admission d'éléments de preuve irréguliers³⁷.

³⁰ C. const. 27 juillet 2011, n° 139/2011, n° B.6.2 et B.6.3 ; C. const., 22 décembre 2010, n° 158/2010.

³¹ Cr.E.D.H., 12 juillet 1988, *Schenk c. Suisse*, n° 46.

³² F. KÉFER, « L'admissibilité de la preuve en droit civil et en droit pénal », *RDS* 2013, p. 203 ; J. VELU et R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Buylant 2014, 2^{ème} éd., coll. Répertoire pratique de droit belge, p. 517 ; M.A. BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. tr. D.H.*, 2006, p. 82 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Les exigences du procès équitable et l'administration des preuves dans le procès civil », *Rev. tr. D.H.*, 2012, p. 279.

³³ Cr.E.D.H., 9 janvier 2018, req. n° 1874/13 et 8567/13, *Lopez Ribalda et autres c. Espagne* ; Cr.E.D.H. (gde. Ch.), 17 octobre 2019, *même affaire*, n° 150 et ss.

³⁴ Voy. par exemple Cr.E.D.H., 13 mai 2008, req. n° 65.097/01, *N.N. c. Belgique* ; Cr.E.D.H., 10 octobre 2006, *L.L. c. France* ; J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 744.

³⁵ Cr.E.D.H., 13 mai 2008, req. n° 65.097/01, *N.N. c. Belgique*, n° 44 et les arrêts antérieurs cités.

³⁶ C.J.U.E., 17 décembre 2015, n° C-419/14, *WebMindLicenses Kft.* ; voy. supra à ce sujet.

³⁷ Voy. C.J.U.E., 10 avril 2003, C-276/01, points 75 et ss.

En outre, l'admission d'éléments de preuve acquis de manière irrégulière, si elle est la règle sauf dans trois hypothèses, n'est pour autant en rien automatique. Elle peut et doit faire l'objet d'un contrôle juridictionnel effectif et rigoureux, gardant constamment à l'esprit les exigences du procès équitable de la partie à laquelle on oppose la preuve irrégulière. Il ne peut être présumé que les juges du fond feront toujours ou trop souvent primer l'intérêt de la partie qui détient une preuve irrégulière sur celui de son adversaire. Au contraire, l'examen de la jurisprudence de fond révèle les scrupules qui l'animent à cet égard³⁸.

Enfin, il convient de rappeler ce qui a présidé à l'avènement de ces conceptions nouvelles, à savoir la préoccupation pour la vérité qui est la finalité du procès et que le sens spontané de la justice souhaite faire primer sur le caractère parfois strictement formel des irrégularités commises pour l'établir. Chercher la vérité et la dire, telle est, dans le cadre du litige dont il est saisi, la mission du juge.

14.

Tout ce que l'on a très brièvement rappelé fait ainsi pencher la balance davantage en faveur d'Antigone que de Créon.

15.

Au reste, tous ces développements peuvent sembler excessivement longs. La jurisprudence civile de la Cour paraît en effet avoir déjà pris le parti, depuis l'arrêt du 10 mars 2008 déjà cité, de l'admission en justice, sous conditions, des preuves irrégulières³⁹.

16.

On l'a dit, divers arrêts rendus en matière fiscale ont énoncé ces principes, alors même qu'il est fréquemment soutenu que le domaine fiscal présenterait des obstacles spécifiques à cette application.

Ainsi, le 22 mai 2015⁴⁰, la Cour a jugé que la législation fiscale ne contient aucune disposition générale interdisant l'utilisation d'une preuve obtenue illégalement pour déterminer la dette d'impôt et, s'il y a lieu, pour infliger un accroissement ou une amende et que l'utilisation par l'administration d'une preuve obtenue illégalement doit être appréciée à la lumière des principes de bonne administration et du droit à un procès équitable. Elle a poursuivi en indiquant que, sauf lorsque le législateur prévoit des sanctions particulières, l'utilisation d'une preuve obtenue illégalement en matière fiscale ne peut être écartée que si les moyens de preuve sont obtenus d'une manière tellement contraire à ce qui est attendu d'une autorité agissant selon le principe de bonne administration que cette utilisation ne peut en aucune circonstance être admise, ou si celle-ci porte atteinte au droit du contribuable à un procès équitable. Lors de cette appréciation, le juge peut notamment tenir compte d'une ou de plusieurs des circonstances suivantes: le caractère purement formel de l'irrégularité, son incidence sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée, le caractère intentionnel ou non de l'illégalité commise par l'autorité et la circonstance que la gravité de l'infraction dépasse de loin l'illégalité commise.

³⁸ S. CLUYDTS, « Jurisprudence Antigone. Application par les juridictions du travail depuis l'arrêt du 14 juin 2021 de la Cour de cassation », in *Licenciement & Démission*, Kluwer 2023, liv. 2, pp. 3 et ss.

³⁹ Voy. e.a. D. MOUGENOT, « Utilisation des preuves irrégulières en justice : *Antigone* se met en tenue civile », *JT* 2021, p. 537.

⁴⁰ Cass. 22 mai 2015, RG F.13.0077.N, *Pas.* 2015, n° 335.

Elle a répété cet enseignement les 4 novembre 2016⁴¹, 10 février 2017⁴² et 18 janvier 2018⁴³.

Dans un arrêt du 28 juin 2018⁴⁴, la Cour a énoncé les mêmes principes, interrogeant ensuite la Cour de justice de l'Union européenne sur le point de savoir si l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne y faisait obstacle dans les affaires concernant la taxe sur la valeur ajoutée. En l'absence de réponse de la Cour de Luxembourg⁴⁵, la Cour a réitéré sa position le 29 janvier 2021⁴⁶, précisant par ailleurs que, dans son appréciation, le juge peut également tenir compte de la circonstance que la preuve aurait également été obtenue si l'irrégularité n'avait pas été commise et qu'il doit encore mettre en balance l'intérêt public tenant à la correcte perception de l'impôt légalement dû et la lutte contre la fraude fiscale, d'une part, et l'intérêt privé du contribuable à la protection de ses droits fondamentaux, d'autre part.

Enfin, le 19 juin 2025⁴⁷, dans un arrêt rendu en audience plénière, la Cour a confirmé cette position.

Elle l'a fait en écartant l'argument selon lequel le principe de légalité de l'impôt ferait obstacle à l'admission d'une preuve irrégulière : « Les règles gouvernant l'admissibilité d'une preuve obtenue illégalement ne ressortissent pas aux éléments essentiels de l'impôt, partant, sont étrangères au principe de légalité. Dans la mesure où il soutient le contraire, le moyen, en cette branche, manque en droit ».

Elle a écarté également la thèse selon laquelle l'atteinte au droit de propriété que constitue l'impôt devrait procéder d'une loi, ce qui aurait pour conséquence d'interdire le recours à une preuve irrégulière : « Il ne s'ensuit [...] pas [des articles 16 de la Constitution et 1^{er} du Premier protocole additionnelle à la Convention européenne des droits de l'homme] que les règles gouvernant l'admissibilité d'une preuve obtenue illégalement ne puissent résulter que d'une loi au sens formel ni que, lorsqu'elles invitent le juge à procéder à un contrôle de proportionnalité au regard du droit à un procès équitable en mettant en balance l'intérêt général et l'intérêt individuel du contribuable, ces normes ne répondent pas au critère de prévisibilité ».

La Cour en conclut, reprenant la formulation traditionnelle de la jurisprudence « Antigone », que « l'utilisation en matière fiscale d'une preuve obtenue illégalement ne peut être écartée que si le respect des conditions formelles concernées est prescrit à peine de nullité, si l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ou si l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable. Le juge tient compte dans son appréciation, entre autres, du caractère purement formel de l'irrégularité, de son incidence sur le droit ou la liberté protégée par la norme transgressée, du caractère intentionnel ou non de l'illégalité commise par l'autorité et de la circonstance que la gravité de l'infraction dépasse de loin l'illégalité commise ».

17.

⁴¹ Cass. 4 novembre 2016, F.15.0106.N, *Pas.* 2016, n° 621.

⁴² Cass. 10 février 2017, RG F.15.0145.N, *Pas.*, 2017, n° 100.

⁴³ Cass. 18 janvier 2018, RG F.16.0031.N, *Pas.* 2018, n° 39.

⁴⁴ Cass. 28 juin 2018, RG F.17.0016.N, *Pas.* 2018, n° 426 [ECLI:BE:CASS:2018:ARR.20180628.12](#).

⁴⁵ CJUE, 24 octobre 2019, n° C-469/18 et C-470/18, *I.N. et J.M. c. Etat belge*.

⁴⁶ Cass. 29 janvier 2021, RG F.17.0016.N, [ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210129.1N.1](#).

⁴⁷ Cass. 19 juin 2025, RG F.23.0037.F, [ECLI:BE:CASS:2025:ARR.20250619.1F.7](#), avec les concl. de M. WERQUIN, avocat général.

En matière civile au sens strict, la Cour a jugé le 14 juin 2021⁴⁸ que, sauf disposition contraire expressément prévue par la loi, l'utilisation d'une preuve obtenue illégalement en matière civile ne peut être écartée que si son obtention entache sa fiabilité ou si elle compromet le droit à un procès équitable et que le juge doit tenir compte à cet égard de toutes les circonstances de la cause, notamment la manière dont la preuve a été obtenue, les circonstances dans lesquelles l'illégalité a été commise, la gravité de l'illégalité et la mesure dans laquelle le droit de la partie adverse a été violé, le besoin de preuve de la part de la partie qui a commis l'illégalité et l'attitude de la partie adverse.

Elle a répété la même formule par un arrêt du 16 décembre 2021⁴⁹, ajoutant que manque en droit le moyen qui repose sur le soutènement qu'il découle du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense, tel qu'il est consacré, entre autres, à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qu'une preuve obtenue illégalement dans des litiges dont la nature relève exclusivement du droit privé doit toujours être écartée des débats.

La doctrine a largement pris acte de cette évolution⁵⁰.

18.

J'invite donc la Cour à confirmer cette jurisprudence récente pour reconnaître également en matière civile le caractère admissible en justice, sous condition, des preuves irrégulières.

Cette règle me paraît se déduire du « droit à la preuve » qui, s'il n'est pas en tant que tel un principe général du droit⁵¹, est néanmoins un droit subjectif processuel⁵², opposable au juge,

⁴⁸ Cass. 14 juin 2021, RG C.20.0418.N, [ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20210614.3N.2](#).

⁴⁹ Cass. 16 décembre 2021, RG C.18.0314.N, [ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20211216.1N.8](#).

⁵⁰ D. MOUGENOT, « Utilisation des preuves irrégulières en justice : Antigone se met en tenue civile », *JT* 2021, n° 28, p. 539 ; M. SCHOUTEDEN, « Antigoon in een nieuw, burgerrechtelijk jasje: klaar voor de catwalk? », *TBBR* 2022/5, p. 251-274 ; M. SCHELKENS, « Cassatie hakt knopen door over onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken », *TBH* 2021/9, p. 2038 ; F. MOURLON-BEERNAERT, « Onrechtmatig (verkregen) bewijs in burgerlijke zaken : Antigoon light », *RABG* 2021, p. 1514 ; J. Van Doninck, « Het lot van onrechtmatig bewijs in civiele zaken: dat geeft te denken », *RW* 2021-22, n°28, p. 1090 ; A. DE SCHAMPHELEIRE, « De Antigoon-doctrine in privaatrechtelijke geschillen. Actieve procesactoren en het onrechtmatig verworven bewijs », *RABG* 2023/20, p. 1865 ; J. HICK et H. FRANCO, « De toepassing van de Antigoonleer in het arbeidsrecht: eindelijk uitsluitel? » *Orientations*, 2023/1, p. 18 ; A. ARNOULD, « Jurisprudence Antigone : application en matière civile ? », *Les Pages*, 2022/117, p. 2 ; J-F. VAN DROOGHENBROECK et A. HOC, *Droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier-Intersentia 2024, p. 347 ; M. NAZARIAN et E. CLAES, « Les situations financières complexes » in DOMBRET, A.-C. (dir.), *Les aliments et la famille : un menu copieux*, Bruxelles, Larcier 2023, p. 45 ; N. ROLAND, « Quel(s) droit(s) sur la messagerie électronique professionnelle ? Nouvelle illustration de la difficile conciliation entre vie privée et surveillance au travail », *JTT*, 2024/8, n°19 ; D. MOUGENOT, « Le principe de proportionnalité en droit judiciaire » in MÉNETREY S. (dir.), *Actualités de droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier 2023, pp. 48-53 ; B. VANLERBERGHE, « Het bewijs » in T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek Verbintenissenrecht*, 2^e editie, Bruxelles, Intersentia 2023, p. 1146 ; R. VANBERGEN et V. DELTOUR, « La fraude à l'assurance lors de la déclaration de sinistre », *RGAR* 2024/2-3, p. 157-165 ; A. BROCORENS, « "Antigone" : la recevabilité des preuves irrégulières en matière civile », *D.P.O. news*, 2021/15, p. 12 ; S. CLUYDTS, *op. cit.*, pp. 1-8 ; D. CARRE, « La jurisprudence « Antigone » appliquée au droit de la famille », *For. fam.* 2023, liv. 4, 29-32 ; A. CHARLIER, « Paroles, paroles, paroles... Encore des mots, toujours des mots... Rien que de mots ? Le point sur les déclarations recueillies par un détective privé », *For. ass.* 2023, liv. 234, 95-103 ; L. ARNOULD, « Recevabilité des preuves en matière civile : quand tous les coups sont permis », *Act. dr. fam.* 2022, liv. 4, pp. 148-149.

⁵¹ Cass. 26 mai 2005, RG C.04.0215.F, *Pas.* 2005, n° 298.

⁵² C'est-à-dire reconnu aux parties à un litige ; voy. G. GOUBEAUX, « Le droit à la preuve » in C. PERELMAN et P. FORIERS, *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant 1981, p. 281.

est qui forme notamment⁵³ une facette du droit au procès équitable⁵⁴ que consacrent les 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.

Ce sont ces deux dispositions auxquelles renvoie la Cour dans ses arrêts ayant consacré la « jurisprudence Antigone »⁵⁵.

En droit interne, ce droit à la preuve pourrait encore se rattacher au principe général du droit des droits de défense⁵⁶.

19.

Les trois hypothèses dans lesquelles une preuve obtenue de manière illégale doit être écartée devraient ainsi être appliquées en matière civile.

a)

La première de ces hypothèses est celle dans laquelle la loi en dispose autrement en prévoyant que l'irrégularité concernée est sanctionnée à peine de nullité.

Les cas d'application de cette condition ne sont pas nombreux⁵⁷ en matière civile, d'autant plus qu'il doit en principe encore y être fait application du régime procédural des nullités⁵⁸ avant de pouvoir arriver au constat que la preuve doit être sanctionnée de cette manière.

Il n'en reste pas moins que l'hypothèse subsiste et que le sort à y réserver n'est pas douteux: si la loi sanctionne explicitement une irrégularité, cette sanction sortit ses effets.

b)

La seconde hypothèse dans laquelle la preuve irrégulière devra être écartée est le cas où l'irrégularité concernée compromet la fiabilité de la preuve.

On pourrait évidemment objecter que cette sanction n'est pas propre à la preuve irrégulière. Toute preuve dépourvue de fiabilité doit être écartée, puisqu'en définitive il ne s'agit plus d'une véritable preuve.

Le rappel de cette cause d'écartement n'est pour autant pas dépourvu d'intérêt. Il a le mérite d'attirer l'attention du juge et des parties sur l'obligation, en présence d'une preuve irrégulière ou obtenue irrégulièrement, de vérifier spécifiquement les conséquences de cette irrégularité de ce point de vue également et d'ainsi écarter les preuves obtenus par des procédés douteux

⁵³ On pourrait aussi envisager qu'il s'agisse d'un avatar du droit d'action, voire d'un prolongement du droit substantiel lui-même qu'il vient « armer » et sans lequel ce dernier reste théorique. Ces différents fondements ne s'excluent du reste pas.

⁵⁴ D. MOUGENOT, « Le droit à la preuve », *RDJP* 2015/2, p. 64.

⁵⁵ Cass. 21 novembre 2006, RG P.06.0806.N, *Pas.* 2006, n° 581 ; Cass. 31 octobre 2006, RG P.06.1016.N, *Pas.* 2006, n° 535 ; Cass. 8 novembre 2005, RG P.05.1106.N, *Pas.* 2005, n° 576 ; Cass. 23 mars 2004, RG P.04.0012.N, *Pas.* 2004, n° 165.

⁵⁶ La violation de ce principe n'est pas invoquée par le moyen. Il n'y est donc fait référence qu'incidemment.

⁵⁷ D. MOUGENOT, « Le point sur la jurisprudence *Antigone* en matière civile », *JT* 2017, p. 70 ; F. KÉFER, *op. cit.*, p. 215.

⁵⁸ B. ALLEMEERSCH, « Stand van zaken en recente ontwikkelingen op het vlak van het bewijs in rechte », in *Themis Gerechtelijk Recht*, Bruges, die Keure 2010, n° 23 ; B. ALLEMEERSCH, I. SAMOY et W. VANDENBUSSCHE, « Overzicht van rechtspraak bewijsrecht », *TPR* 2015, 676, n° 77.

(torture, provocation, ruse, falsification, etc.) — même si de tels cas restent heureusement rares.

c)

La troisième hypothèse dans laquelle la preuve irrégulière doit être écartée est assurément celle qui mène au plus grand nombre de discussions. Il s'agit du cas dans lequel l'usage de la preuve compromet le droit de la partie à laquelle elle est opposée à bénéficier d'un procès équitable. On la détaille au point suivant.

d)

En résumé, l'utilisation en matière civile d'une preuve obtenue illégalement s'apprécie 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 et ne peut être écartée que si la formalité qui a été méconnue est prescrite à peine de nullité, si l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ou encore si l'usage de cette preuve est contraire au droit à un procès équitable.

20.

S'agissant de la manière d'accomplir cette appréciation, on peut retenir de la jurisprudence de la Cour que le juge doit tenir compte, entre autres, de la manière dont la preuve a été obtenue, des circonstances dans lesquelles l'illégalité a été commise, de la gravité de celle-ci et de la mesure dans laquelle elle a porté atteinte au droit de la partie adverse, du besoin de preuve de la partie qui a commis l'illégalité et de l'attitude de la partie adverse.

Il m'apparaît que ces sous-critères expriment en réalité trois grands ordres d'idées ou trois types d'éléments à prendre en considération, simultanément et de manière non limitative.

a)

La première catégorie d'éléments à examiner concerne les circonstances dans lesquelles la preuve a été obtenue et l'irrégularité commise.

On peut à cet égard s'interroger sur le point de savoir par qui l'irrégularité a été commise: celui qui se prévaut de la preuve ou un tiers? Le juge pourrait être plus enclin à admettre une preuve avancée par une partie qui n'est pour rien dans l'irrégularité mais se contente d'en utiliser le fruit.

De même, la qualité de l'auteur de l'irrégularité pourrait également entrer en ligne de compte. Ainsi, une irrégularité commise par une autorité publique pourrait éventuellement être jugée plus sévèrement que celle qui résulte du comportement d'un particulier.

Par ailleurs, et la jurisprudence de la Cour que l'on a citée y a fréquemment fait écho, le caractère intentionnel de l'irrégularité constitue également un élément important d'appréciation. Il va de soi que l'illégalité commise par simple négligence ou inadvertance compromettra moins l'équité du procès que celle qui résulte d'un acte irrégulier conscient ou délibéré.

Pour autant, on rappelle l'enseignement de l'arrêt du 31 octobre 2006⁵⁹ qui avait jugé, en matière pénale, que la circonstance que l'autorité chargée de la recherche, de l'instruction ou de la poursuite des infractions a intentionnellement commis un acte illicite pour obtenir des preuves ne doit pas nécessairement inciter le juge à exclure ces preuves. En d'autres termes, s'il s'agit d'un élément important, il n'est pas pour autant déterminant.

On relèvera par ailleurs que, même s'agissant d'une irrégularité intentionnelle, elle pourrait le cas échéant relever d'une forme d'état de nécessité, si la partie qui la commet se trouve, objectivement ou en raison de l'obstruction de la partie adverse par exemple, dans l'impossibilité d'apporter régulièrement, ou de manière moins attentatoire à la légalité, la preuve qui lui incombe.

b)

Un deuxième ordre d'éléments à prendre en considération concerne la gravité de l'irrégularité concernée.

On peut ainsi avoir égard tout d'abord à la gravité envisagée de manière intrinsèque: s'agit-il, comme mentionné dans plusieurs arrêts de la Cour, d'une irrégularité purement formelle ou à l'inverse d'une atteinte à un droit ou une exigence légale fondamentale ou encore à une norme sanctionnée pénalement ?

Le juge doit encore prendre en considération les conséquences de l'atteinte à la légalité, c'est-à-dire son incidence effective sur le droit ou la liberté protégée par la norme transgressée.

Pourrait également entrer en ligne de compte l'identité du titulaire de ce droit ou de cette liberté: s'agit-il de celui à qui la preuve est opposée ou d'un tiers non intéressé au litige en cause ?

c)

Enfin, et il ne s'agit pas de la moindre des appréciations, il revient encore au juge de faire la balance entre, d'une part, ces deux premières catégories d'éléments et, d'autre part, l'objet de la preuve et l'importance qu'elle représente pour la partie qui entend l'utiliser. Il s'agit ainsi en fin de compte d'évaluer l'équité générale du procès et le fait de savoir si elle a été compromise par l'irrégularité en cause.

d)

En résumé, le juge doit tenir compte dans son appréciation, entre autres, tant des circonstances dans lesquelles l'illégalité a été commise, notamment de son caractère intentionnel, du fait qu'elle a été commise par une autre personne que celle qui se prévaut de la preuve qu'elle affecte ou encore de la qualité de son auteur, que de la gravité de cette irrégularité, tant intrinsèque qu'au regard de son incidence sur le droit ou la liberté protégée par la norme transgressée et de l'identité du titulaire de ce droit ou de cette liberté, ces éléments devant être mis en balance avec l'objet de la preuve et l'importance qu'elle représente dans le litige pour la partie qui s'en prévaut.

21.

⁵⁹ Cass. 31 octobre 2006, RG P.06.1016.N, *Pas.* 2006, n° 535.

En l'espèce, l'arrêt considère, sans être critiqué sur ce point, qu'un certain nombre d'éléments de preuve avaient été obtenus par la demanderesse en violation soit de l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, soit de la convention collective 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 ou encore du droit au respect de la vie privée.

L'arrêt en a déduit que ces éléments de preuve obtenus illégalement et irrégulièrement n'étaient pas recevables, empêchant la demanderesse de prouver la régularité et le fondement du licenciement pour motif grave du défendeur.

22.

Écartant ces preuves sans constater que les formes qui avaient été méconnues étaient prescrites à peine de nullité, ni que les irrégularités commises compromettaient la fiabilité de ces preuves et sans non plus constater que leur usage portait atteinte au droit du défendeur à un procès équitable, apprécié 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, l'arrêt me paraît violer ces dispositions.

Le moyen est fondé et doit mener à la cassation totale.

Conclusion :

Cassation.