

ÉDITORIAL

La jurisprudence « Antigoon » face à la protection des données : salvatrice ou dangereuse ?

1. Le nombre des litiges relatifs à l'usage de l'*e-mail* ou de l'internet sur le lieu de travail a beau augmenter, les solutions jurisprudentielles restent divergentes. Ces dernières démontrent, s'il en est besoin, que les droits des employés et les prérogatives des employeurs connaissent une cohabitation difficile¹.

Il est compréhensible que l'employeur qui met des outils de travail à la disposition de ses préposés entende pouvoir vérifier quel usage en est fait. Il est alors confronté à une réglementation éparse et complexe – pour partie préexistante à l'émergence de l'internet – visant à protéger la vie privée en général et la protection des données de communications des citoyens en particulier : article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, article 22 de la Constitution, loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, C.C.T. n° 81 du 26 avril 2002 sur le contrôle des données de communication en réseau mais aussi article 314bis du Code pénal et d'autres encore.

Cet ensemble de règles ne prend que peu en compte les particularités liées à la relation de travail. Ainsi, par exemple, l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 sur les communications électroniques qui interdit toute prise de connaissance des données de communication sans le consentement de toutes les parties à la communication ne prévoit pas d'exception de principe lorsque les communications interviennent dans le cadre de l'exécution d'un contrat de travail pour le compte de l'employeur.

On sait qu'en pratique ces dispositions sont dès lors très souvent ignorées par les employeurs. Il en résulte que la collecte d'informations sur l'utilisation par le travailleur des moyens de communications intervenue en violation de ces dispositions est illicite. Les juridictions du travail s'accordaient, jusqu'il y a peu, pour considérer que les preuves ainsi recueillies ne pouvaient en principe être prises en compte et devaient être écartées des débats.

Face à la rigueur des principes, certaines juridictions sociales tentent de trouver une échappatoire dans la jurisprudence dite « Antigoon » de la Cour de cassation qui consacre l'absence de rejet automatique des preuves recueillies en violation de dispositions légales.

On en trouve un exemple dans une décision de la cour du travail d'Anvers rendue le 2 septembre 2008². Un contrôle opéré par un responsable du département ICT de l'entreprise avait révélé qu'un

¹ Voy. à cet égard la chronique de jurisprudence publiée sur ce thème dans le n° 35 de la *R.D.T.I.* (K. ROSIER, « Droit social : contrôle de l'usage des technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail », *R.D.T.I.*, 2009, n° 35, pp. 126 et s.).

² Cour trav. Anvers (sect. Hasselt), 2 septembre 2008, *Orientations*, 2009, p. 22, note K. ROSIER.

ÉDITORIAL

employé avait utilisé une connexion réservée au serveur *mail* de l'entreprise pour ses communications personnelles et ce vraisemblablement dans le but de se soustraire au système de contrôle de l'usage de l'internet et de l'*e-mail* mis en place par l'employeur. Il avait ainsi pu surfer à des fins privées plus que de raison pendant ses heures de travail. Il fut licencié pour motif grave sur la base de ces constatations. Le travailleur fit valoir que les données utilisées par l'employeur avaient été collectées de façon irrégulière de sorte que ce dernier ne pouvait en faire état pour établir la réalité du motif grave.

Au terme d'une analyse pointilleuse de la régularité du contrôle au regard du cadre réglementaire applicable, la Cour est confrontée à la question du respect de l'obligation d'informer le travailleur. Elle accepte cependant de tenir compte des éléments de preuve produits et indique que, à supposer même qu'il y ait eu une irrégularité dans la procédure d'information, celle-ci n'entacherait pas la fiabilité de la preuve ni ne priverait le travailleur d'un procès équitable, faisant ainsi application de la jurisprudence « Antigoon ».

2. La jurisprudence « Antigoon », invoquée ici en matière « civile », est bien connue des pénalistes.

Jusqu'en 1990, le principe de l'exclusion des preuves illégales et irrégulières était rigoureusement appliqué par les cours et tribunaux tant en matière pénale que civile³. La Cour de cassation assouplit ensuite sa jurisprudence en matière pénale⁴.

Le 14 octobre 2003⁵, la Cour de cassation rend l'arrêt dit « Antigoon » dans lequel elle rompt clairement avec la jurisprudence antérieure. L'arrêt « Antigoon » marque en effet un tournant décisif dans la jurisprudence de la Cour en ce qu'il consacre l'autorisation de principe d'avoir égard à des preuves recueillies illicitement sauf exceptions définies par la Cour : lorsque le respect de certaines conditions de forme est légalement prescrit à peine de nullité ; lorsque l'irrégularité commise entache la crédibilité de la preuve ; lorsque l'usage de cette preuve est contraire au droit à un procès équitable.

La prise en compte des preuves illicites devient ainsi la règle et leur écartement l'exception. Cette jurisprudence fera même une incursion dans la relation de travail – encore par le biais pénal – dans un arrêt 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 travail⁶. La Cour de cassation y précise, entre autres, que le juge peut, pour fonder l'admission des éléments irrégulièrement produits, prendre en considération notamment la circonstance que l'illicéité 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 transgressée⁷.

³ F. KUTY, « Le droit de la preuve à l'épreuve des juges », *J.T.*, 2005, p. 349.

⁴ Cass., 17 janvier 1990, n° 7831, *www.cass.be*; en ce sens, Cass., 17 avril 1991, n° 8761, *www.cass.be*; Cass., 30 mai 2005, Pas., 1995, p. 566.; Cass. (2^e ch), 27 février 2001, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13605; Cass., 23 mars 2004, n° P.04.0012.N, *www.cass.be*.

⁵ Cass., 14 octobre 2003, n° P.03.0762.N, *www.cass.be*, avec les conclusions de l'avocat général De Swaef.

⁶ Cass., 2 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 211, conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1086, note M.-A. BEERNAERT.

⁷ L'arrêt *a quo* relevait qu'à la suite d'une présomption légitime de l'implication de la travailleuse dans des infractions qu'elle pourrait avoir commises au préjudice de son employeur, ce dernier avait installé dans le magasin accessible au public où elle travaillait, le dispositif litigieux. Ledit arrêt avait considéré que la mesure, limitée à permettre la consta-

Les juridictions sociales n'ont pourtant pas emboîté le pas à cette décision. La jurisprudence ayant été rendue en matière pénale, elles ont généralement estimé cette jurisprudence inapplicable aux litiges civils⁸.

3. L'arrêt rendu le 10 mars 2008 par la Cour de cassation pourrait bien balayer la méfiance des juridictions sociales⁹.

La Cour y rappelle d'abord sa nouvelle jurisprudence: 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.

Mais ici, le litige ne relève pas *a priori* du contentieux pénal. Il opposait un chômeur sanctionné par l'O.N.Em. pour avoir travaillé au noir. L'O.N.Em. s'était fondé, pour prendre la sanction administrative contestée, sur un procès-verbal dressé par la police transmis en violation du secret de l'instruction. La cour du travail d'Anvers avait considéré que l'arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 2005 n'était pas pertinent dans le cadre d'un litige civil. La Cour de cassation casse l'arrêt *a quo* non seulement au motif que la cour du travail d'Anvers avait écarté la preuve sur simple constat de l'irrégularité commise lors de son obtention mais également parce qu'elle avait refusé d'évaluer la recevabilité de la preuve au regard de sa jurisprudence.

Le débat relatif à la portée précise de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008 quant à l'«extension» de la jurisprudence «Antigoon» aux matières civiles n'est sans doute pas clos. On pourrait ainsi considérer que la Cour s'étant prononcée à propos d'une sanction administrative, dont on pourrait invoquer qu'elle a une nature pénale au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰, on ne peut en déduire une extension de la jurisprudence en matière civile.

Quoi qu'il en soit, l'enseignement de cet arrêt est aujourd'hui évoqué sur un terrain civil propice aux questions de la régularité de la preuve: celui des frictions entre la protection de la vie privée des travailleurs et leur contrôle par l'employeur dans le cadre de son autorité patronale¹¹.

tation d'infractions dont le travailleur était soupçonné depuis plusieurs années, était adéquate et utile et ne portait pas atteinte à sa vie privée. C'est alors sur le fondement de ces énonciations que la Cour de cassation a considéré que «les juges d'appel ont pu légalement décider que l'absence d'information préalable à la surveillance de l'outil utilisé par la demanderesse ne saurait entraîner l'obligation pour le juge répressif d'écarter des débats les constatations opérées grâce à cette surveillance».

⁸ Trib. trav. Liège (3^e ch.), 19 mars 2008, R.G. n° 360.454, www.cass.be; Trib. trav. Liège (3^e ch.), 6 mars 2007, *R.R.D.*, 2006, p. 488, note K. ROSIER et S. GILSON, *J.L.M.B.*, 2008, p. 389; Cour trav. Bruxelles (4^e ch.), 9 janvier 2007, R.G. n° 45.657, inédit; Trib. trav. Bruxelles (3^e ch.), 16 mars 2006, inédit, cité par F. GILLET, «Une preuve obtenue en violation des dispositions de la C.C.T. n° 68 est illicite, de même que l'aveu obtenu sur cette base», www.hrttoday.be. Pour une application de la jurisprudence de la Cour de cassation dans un litige civil, voy. cependant l'arrêt rendu par la cour d'appel de Mons le 2 mai 2005 (Mons (1^{re} ch.), 2 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 438).

⁹ Cass., 10 mars 2008, *Orientations*, 2008, p. 172, note I. PLETS, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, note R. DE BAERDEMAEKER.

¹⁰ Voy. en ce sens: Cour trav. Liège, 22 janvier 2008, R.G. n° 7968/05; Cour trav. Liège, 18 décembre 2008, R.G. n° 35.467/08; M. DELANGE, «Les mesures d'exclusion en matière de chômage après l'arrêté royal du 29 juin 2000 sur la réforme des sanctions administratives», *Chron. D. S.*, 2002, en particulier, p. 485.

¹¹ Voy. à cet égard: Cour trav. Anvers (sect. Hasselt), 2 septembre 2008, *Orientations*, 2009, p. 22, note K. ROSIER; Trib. trav. Gand, 1^{er} septembre 2008, R.G. n° 175054/06, www.cass.be.

ÉDITORIAL

4. Il nous paraît dès lors utile de donner un rapide coup de projecteur sur les implications que cette jurisprudence pourrait avoir en matière de protection des données. Elle pose, en effet, question quant à l'avenir même de la protection et de son efficacité tant dans la relation de travail qu'en dehors de ce contexte.

La prise de position de la Cour de cassation permet non seulement au juge de prendre en compte dans le litige qui lui est soumis un élément de preuve recueilli irrégulièrement mais entend également lui imposer un examen des circonstances de l'irrégularité.

Dans des litiges où la preuve d'un fait ou d'un acte est rapportée par des nouvelles technologies de l'information sans que les règles protectrices applicables n'aient été respectées, on perçoit tout de suite l'utilité du raisonnement pour celui qui supporte le poids de la preuve. Le palliatif que constitue une évaluation *a posteriori* de la recevabilité de la preuve par le juge est, partant, très séduisant. Il n'est pourtant pas sans dangers.

5. La jurisprudence de la Cour permet pratiquement de tempérer le caractère perçu parfois à raison comme trop « strict » d'un cadre légal peu adapté aux spécificités de la relation de travail. On peut concevoir une certaine frustration dans le chef du justiciable, voire du juge, dans un litige où l'employeur qui « de bonne foi » a produit des preuves irrégulièrement recueillies mettant en évidence un comportement fautif du travailleur se voit *a posteriori* privé du bénéfice de leur prise en compte et condamné au paiement de lourdes indemnités face à un abus avéré de l'employé...

La jurisprudence rapportée ci-avant pourrait alors permettre à ces employeurs de justifier le bien fondé du licenciement du travailleur peu scrupuleux qui aurait violé de manière criante ses obligations légales ou conventionnelles. Elle empêche, en effet, ces travailleurs d'exciper d'irrégularités parfois purement formelles et par trop providentielles dans la collecte et l'utilisation d'informations confondantes.

D'un point de vue plus théorique, elle permet en effet au juge d'opérer une réelle mise en balance des intérêts en présence, principe de base de la protection des données dont on s'écarte bien souvent aujourd'hui au nom de la sacro-sainte sécurité juridique pour lui préférer des règles dont la rigidité leur enlève parfois *in fine* toute effectivité réelle.

Peut-être pourrait-elle également contribuer à mettre fin à certaines pratiques d'intimidation du travailleur suite à la découverte d'éléments de preuve que l'employeur sait rapidement inutilisables en cas de conflits.

6. On peut, à l'opposé, se demander si une admissibilité trop lâche d'informations recueillies en violation des législations sur la protection des données et du secret des communications électroniques ne sonne pas le glas de tout espoir d'application effective de ces réglementations qui sont pourtant nécessaires pour la protection des travailleurs ou d'autres personnes concernées par les données.

Les écueils des sanctions prévues en cas de violation de ces dispositions sont connus. Les poursuites pénales ou mise en œuvre d'actions en réparation civile à l'encontre de l'utilisateur fautif des données sont quasi inexistantes. Aucune politique de poursuite n'est mise en œuvre par le parquet en la matière et les justiciables – qu'on le regrette ou non – considèrent que ces violations ne valent pas les ennuis d'un long et coûteux procès... Reste bien entendu la possibilité de saisir

la Commission de la protection de la vie privée mais, outre son manque endémique de moyens pour lutter efficacement contre la violation de ces législations, il y a lieu de noter qu'elle ne peut assortir ses décisions d'aucune sanction réelle, opérant d'ailleurs plutôt comme conciliateur, ce qui est du reste heureux dans l'optique d'une saine séparation des pouvoirs. Dans ce contexte un peu particulier, force est alors de constater que la seule sanction effective est souvent le rejet des preuves recueillies illicitement.

L'importation de la jurisprudence « Antigoon » dans ce contentieux social ne risque-t-elle pas alors de priver le travailleur de cette seule sanction en la matière à l'égard d'employeurs trop peu soucieux du respect des législations protectrices des données ? Plus fondamentalement encore, cette législation sera-t-elle encore perçue comme réellement contraignante si la seule sanction qui était, au vu des constats qui précèdent, à craindre par l'employeur est neutralisée dans le futur ? Robert De Baerdemaeker pose, à juste titre, la question : la fin justifie-t-elle les moyens¹² ?

C'est d'autant plus vrai que les critères mêmes de l'admission des éléments de preuves illicitement recueillis retenus par la Cour de cassation paraissent eux aussi particulièrement peu restrictifs dans le contexte d'éléments de preuve recueillis au moyen des NTI.

En effet, le contrôle illicite permet de produire des preuves qui seront souvent perçues – à tort ou à raison – comme irréfutables. Ces preuves consisteront généralement dans les traces laissées imprudemment par le travailleur dans le système informatique de son employeur (le journal des connexions internet, la liste des sites visités enregistrés par le gestionnaire de l'intranet, des courriers électroniques dans la boîte *mail* ou dans l'intranet, etc.). L'irrégularité commise risque donc de n'entacher que très rarement la crédibilité ou même la fiabilité de la preuve.

Rappelons aussi qu'en la matière, la collecte de données à caractère personnel n'est généralement pas conditionnée par des formalités prévues à peine de nullité de sorte que ce critère ne permettra pas non plus de jouer un rôle de frein efficace.

Restent évidemment les exigences du procès équitable. Mais elles peuvent paraître bien faibles dans certaines matières, notamment dans un système de protection des travailleurs leur permettant toujours de porter le litige qui les oppose à leur employeur à une juridiction du travail et de discuter de la loyauté de l'élément de preuve produit par l'employeur à l'appui de ses griefs.

Deux critères énoncés dans l'arrêt du 2 mars 2005 précité paraissent les plus porteurs : la proportionnalité entre l'illicéité commise et la gravité de l'infraction dont l'acte irrégulier a permis la constatation, d'une part, et l'absence d'incidence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée, d'autre part.

Le juge du fond devrait ainsi substituer son appréciation à l'équilibre fixé par la loi – par exemple, lorsque celle-ci conditionne l'utilisation licite de données à une information préalable du travailleur en vue de la protection de ses libertés – pour évaluer si le danger pour les libertés en général et celle de la vie privée en particulier est soit inexistant, soit de moindre importance que celui provoqué par l'infraction ou l'illégalité révélée par l'élément de preuve litigieux.

¹² R. DE BAERDEMAEKER, « Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie : quand la fin justifie les moyens... », *J.L.M.B.*, 2009, p. 584.

ÉDITORIAL

Ce faisant, le juge du fond dépasse l'office qui lui est dévolu. Il ne pondère plus ici les intérêts qui s'opposent sur le fondement d'une norme standard édictée par le législateur – *cf.* par exemple la règle de proportionnalité inscrite à l'article 5, f de la loi sur la protection des données – mais modifie – *a posteriori* et indirectement par une règle de preuve – des équilibres fixés au préalable par la loi. Est-il réellement là pour corriger la copie du législateur, fut-elle bâclée ou inapplicable ?

À notre connaissance, la jurisprudence qui s'est référée à l'arrêt du 10 mars 2008 n'a pas – encore – effectué une telle pondération. Gageons cependant que nos juges manieront, le cas échéant, avec prudence et dextérité cet instrument d'équité dont est porteur la jurisprudence « Antigoon » en la matière.

On le voit, l'application de la jurisprudence « Antigoon » de la Cour de cassation dans les litiges sociaux a de quoi diviser les opinions. Elle peut potentiellement nuire à l'effectivité de la législation relative à la protection des données tout comme offrir un instrument de pondération, certes critiquable, mais permettant de neutraliser les conséquences d'une réglementation peut-être trop rigide dans le contexte spécifique des relations de travail.

Thierry LÉONARD

Professeur aux Facultés Universitaires St Louis (FUSL)
Avocat au barreau de Bruxelles

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