

DÉBATS & OPI

Coin de l'expert



Paul Van den Bulck

Avocat associé McGuireWoods
Chargé d'enseignement aux universités
de Paris II et Strasbourg

De la régularité de la preuve

L'affaire KB Lux nous a rappelé de manière très médiatique que la preuve demeure un élément central en matière de procédure judiciaire. Le rappel, injuste pour certains et salubre pour d'autres, porte en l'occurrence sur le caractère régulier de la preuve. En d'autres termes, le juge doit-il écarter d'office une preuve qui serait obtenue de manière irrégulière? Ne faut-il pas tenir compte des enjeux, de la nature de l'irrégularité, du droit violé pour obtenir ladite preuve, de la loyauté de celui qui obtient la preuve irrégulière? Les mêmes règles sont-elles applicables au pénal et au civil? Enfin qu'en est-il en matière de technologies de la communication? La particularité de celles-ci étant qu'elles sont largement utilisées et qu'elles permettent de manière inhérente la violation d'un certain nombre de règles légales, souvent sans intention déloyale des utilisateurs.

DE LA TOLÉRANCE ZÉRO AU REJET CONDITIONNEL

Le principe de l'exclusion automatique de la preuve dite «illé-gale» a longtemps été la règle en Belgique. Ainsi, la Cour de cassation a de manière constante rejeté les preuves illégales, c'est-à-dire obtenues en violation d'une norme légale ou réglementaire. C'est dans un arrêt du 13 mai 1986 que la Cour a opéré un premier virage sémantique. En l'occurrence, la Cour a utilisé des termes qui ont permis par la suite de prendre de la distance par rapport à la notion de preuve «illé-gale» et de lui préférer la notion de preuve «irrégulière». L'avantage de la notion de preuve irrégulière étant bien entendu que son irrégularité ne la rend pas forcément illégale et qu'elle peut donc être admise. Ce chemin étant pavé, la Cour s'y est engagée en 2003, avec le premier arrêt de la jurisprudence dite «Antigone» (la teneur de cet arrêt sera confirmée à plusieurs reprises par la Cour) qui modifie fondamentalement la jurisprudence antérieure. En effet, la Cour passe de la tolérance zéro au rejet conditionnel, l'idée étant d'admettre la preuve si son irrégularité ne porte pas atteinte à un droit fondamental ou ne vicie pas sa fiabilité. Pour cette raison, la Cour consacre le pouvoir d'appréciation du juge du fond tout en l'encadrant. Ainsi, selon la Cour de cassation, le juge du fond a l'obligation de rejeter la preuve lorsqu'une des trois conditions suivantes est rencontrée:

- ▶ la preuve est obtenue en méconnaissance de conditions de forme prescrites à peine de nullité;
- ▶ l'irrégularité commise entache la fiabilité de la preuve;
- ▶ l'utilisation de la preuve est incompatible avec le droit à un procès équitable.

A contrario, le juge du fond doit admettre la preuve si l'une de ces trois conditions n'est pas rencontrée. Après ce premier arrêt, la Cour a poursuivi son chemin en élargissant la jurisprudence, jusqu'à alors uniquement applicable en droit pénal, aux litiges civils. Enfin, la jurisprudence Antigone a été validée par la Cour

européenne des droits de l'homme dans l'affaire Lee Davies.

LES TECHNOLOGIES DE LA COMMUNICATION

Les technologies de la communication sont, par nature, un terrain fertile au débat relatif à la preuve «irrégulière». Tout d'abord, l'usage de ces technologies est devenu général. Ensuite, elles génèrent un grand nombre de traces qu'il est possible notamment de collecter, d'enregistrer, d'analyser et de transmettre à des tiers. Ces traitements peuvent par ailleurs se faire à l'insu de l'émetteur et ou du récepteur. Enfin, ces technologies de la communication n'échappent pas aux diverses normes générales qui limitent leur usage: notamment les dispositions relatives au respect de la vie privée et au secret de la correspondance, à la prise de connaissance des données de communication, au secret des communications, et à la protection des données à caractère personnel.

Cet antagonisme entre les technologies de la communication et les normes balisant certains usages de celles-ci n'apparaît pas toujours de manière évidente pour leurs utilisateurs qui, de bonne foi, veulent profiter de tous les avantages qu'offrent ces technologies. Quel employeur n'est pas tenté de faire un relevé des logs des sites web visités par un employé dont l'addiction au surf l'empêche d'exécuter son contrat de travail adéquatement? Qu'on songe également au nombre de litiges où la preuve de la faute grave est rapportée par un e-mail, un SMS, des données de géolocalisation. Ceci dit, s'il apparaît qu'aujourd'hui le droit social est fortement concerné par l'intrusion des technologies de la communication dans l'administration de la preuve, cette intrusion s'étend à tous les secteurs du droit. L'exemple du «bon vieux» constat d'huissier en est une illustration: lorsque le constat s'applique à des technologies de la communication, la simple intervention de l'huissier ne garantit pas la fiabilité de la preuve. Ainsi, si l'huissier ne prend pas les précautions adéquates (par ex. en ce qui concerne le constat relatif à un site web: description du matériel, effacement des fichiers temporaires, etc.), l'irrégularité peut être telle que la preuve devient irrecevable même au regard de la jurisprudence Antigone.

Au vu de ce qui précède, la jurisprudence Antigone apparaît souhaitable, particulièrement en matière de technologies de la communication. Elle permet ainsi qu'une preuve irrégulière qui offre toutes les garanties notamment de fiabilité et de respect de certains principes fondamentaux, comme le procès équitable, soit acceptée plutôt que déclarée irrecevable pour des raisons de pure forme ou de violation d'une norme qui n'est, elle-même, assortie d'aucune sanction. Dans ces cas de figure, comme le voulait Antigone, la légalité ne va pas à l'encontre de la justice. ■

pvandenbulck@mcguirewoods.com