

# Les preuves illégales dans l'enquête des inspecteurs sociaux<sup>1</sup>

Fabienne KÉFER, professeur ordinaire à l'Université de Liège

Avec la collaboration de Mme Alexandra COPETTE, assistante à l'Université de Liège et avocate à Liège

## INTRODUCTION

**1. - L'obligation pour l'administration de respecter la loi dans la collecte des preuves** – Les inspecteurs sociaux exercent la surveillance, le contrôle de l'application des lois mais sont aussi chargés de rechercher et constater les infractions. Les visites et contrôles sont à la fois un des moyens de vérifier l'application du droit et l'occasion de constater des infractions.

La surveillance et la recherche des infractions sont deux choses distinctes. La recherche des infractions est une phase préparatoire au procès pénal, durant laquelle il est admis que les garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme s'imposent, sans quoi le droit au procès équitable devant le juge du fond pourrait être irrémédiablement affecté. Quant à la mission de surveillance, elle n'a pas forcément pour but la recherche des infractions. Elle vise à la bonne application de la loi et peut être exercée même s'il n'y a aucun indice qu'une infraction aurait été commise. C'est ainsi que le contact entre le justiciable et les services d'inspection peut se dérouler dans un contexte non répressif, à savoir l'enquête administrative de pure surveillance. Toutefois, la surveillance peut aussi déboucher sur la constatation de délits par les services d'inspection et l'application d'une peine.

Le Code pénal social attribue de nombreuses prérogatives aux contrôleurs sociaux destinées à leur permettre d'assurer efficacement leur double mission : visiter les lieux de travail et les espaces habités ; collecter, selon diverses modalités, des renseignements, autrement dit enquêter ; échanger des informations.

Ces compétences doivent être exercées dans le respect tant des règles de droit commun que de celles énoncées par les articles 21 et suivants du Code pénal social. Entre autres, les inspecteurs sociaux ne disposent pas d'une compétence générale de recherche et de constatation des infractions : l'article 17 du Code pénal social confie au Roi le pouvoir de préciser leur compétence matérielle ; ils ne sont compétents que dans les limites prévues par l'arrêté royal de désignation<sup>2</sup>. Dans l'exercice de leurs missions, les inspecteurs sociaux doivent toujours présenter leur titre de légitimation (art. 20). Ils ne disposent pas du pouvoir de recourir à la force, mais ils peuvent se faire assister de la police, à l'égard de laquelle ils disposent d'un véritable droit de réquisition (art. 22). Ils sont astreints à une obligation de confidentialité et à un secret professionnel. Ceux-ci concernent tout d'abord les données sociales à caractère personnel (art. 58). Ensuite, le nom de l'auteur de la plainte ou de la dénonciation à l'origine

---

<sup>1</sup> La présente étude contient de larges extraits (actualisés) de publications antérieures, notamment F. KÉFER, « Antigone et Manon s'invitent en droit social », *R.C.J.B.*, 2009, pp. 333 et s., et F. KÉFER, « L'admissibilité de la preuve en droit civil et en droit pénal », *T.S.R./R.D.S.*, 2013, pp. 195-229.

<sup>2</sup> Voy. l'arrêté royal du 1<sup>er</sup> juillet 2011 portant exécution des articles 16, 13°, 17, 20, 63, 70 et 88 du Code pénal social et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 2 juin 2010 comportant des dispositions de droit pénal social.

de l'enquête ne peut être révélé ni à l'auditeur du travail, ni au tribunal, ni à l'employeur. Il est même interdit de révéler à l'employeur que l'enquête fait suite à une plainte ou une dénonciation (art. 59).

Le non-respect des contraintes légales encadrant l'action des inspecteurs sociaux peut avoir un impact sur la régularité de l'enquête et en particulier sur l'admissibilité des preuves récoltées, comme on va le voir ci-après. Le fonctionnaire qui a commis l'illégalité peut également voir sa responsabilité pénale ou civile mise en cause ou être poursuivi disciplinairement ; l'administration qui l'occupe peut, elle aussi, voir sa responsabilité civile engagée, le cas échéant. On en donnera deux exemples.

Un premier exemple est celui des visites d'espaces habités. L'article 23 du Code pénal social donne aux inspecteurs sociaux le droit de pénétrer librement, à toute heure du jour et de la nuit, sans obligation de prévenance, dans tous les lieux de travail ou autres lieux qui sont soumis à leur contrôle ou dans lesquels ils peuvent avoir un motif raisonnable de supposer que travaillent des personnes soumises aux dispositions dont ils assurent la surveillance. Dans les espaces habités, par contre, les inspecteurs sociaux ne peuvent pénétrer librement. Ils doivent pouvoir justifier d'une des circonstances visées par l'article 24 (consentement exprès de l'occupant, inondation, incendie, appel provenant de l'intérieur, flagrant délit). À défaut, ils ne peuvent pénétrer dans les lieux qu'avec l'autorisation préalable du juge d'instruction<sup>3</sup>. En cas de refus de l'occupant des lieux de laisser entrer un inspecteur, seule une perquisition sollicitée par le ministère public conformément au Code d'instruction criminelle peut être envisagée ; étant donné qu'il n'est pas officier de police judiciaire, l'inspecteur social ne peut recourir à la force pour faire exécuter l'autorisation du juge d'instruction<sup>4</sup>. Si le contrôleur social outrepassé cette règle, il commet le délit de violation de domicile. Sa responsabilité pénale est engagée ; il peut aussi être poursuivi pour manquement à la déontologie de sa profession tandis que l'administration qui l'emploie – voire lui-même s'il ne bénéficie pas de l'immunité de responsabilité civile – peut être condamnée à réparer le dommage causé.

Un second exemple peut être tiré de l'article 18 du Code pénal social, qui énonce le principe de finalité : « Les inspecteurs sociaux exercent les pouvoirs visés au présent chapitre en vue de la surveillance du respect des dispositions du présent Code, des lois visées au Livre 2 du présent Code et des autres lois dont ils sont chargés de surveiller le respect, ainsi qu'en vue de la surveillance du respect des dispositions des arrêtés d'exécution du présent Code et des lois précitées ». Si un inspecteur poursuit un dessein personnel en effectuant une visite d'un atelier à une fréquence anormale, il manque au principe de finalité. Il en est de même s'il procède à une saisie par représailles et non aux fins pour lesquelles cette prérogative est prévue par l'article 38 (la mesure doit être « nécessaire à l'établissement de la preuve de ces infractions ou lorsque le danger existe qu'avec ces biens, les infractions persistent ou que de nouvelles infractions soient commises »). Il engage sa responsabilité

---

<sup>3</sup> La demande d'autorisation de visite doit contenir un certain nombre de mentions (art. 24, § 2, du Code pénal social). Pour obtenir une autorisation de visite domiciliaire durant la nuit, c'est-à-dire après 21 heures et avant 5 heures, la demande doit être spécialement motivée. La décision du juge d'instruction doit être rendue dans les 48 heures et motivée. Si elle concerne une demande de visite nocturne, elle doit être spécialement motivée. Enfin, toutes les pièces motivant l'autorisation sont versées au dossier, à l'exception de celles permettant d'identifier l'auteur de la plainte ou de la dénonciation, à moins que celui-ci n'ait expressément autorisé les inspecteurs sociaux à révéler son nom ; cette exigence est destinée à permettre l'exercice d'un contrôle *a posteriori* de la régularité de la décision et de son exécution.

<sup>4</sup> Dans le même sens, C.C., 27 juin 2019, n° 102/2019, point B.7.1. ; J.-C. HEIRMAN et M. GRATIA, *Les pouvoirs des inspecteurs sociaux à la lumière du nouveau Code pénal social*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 116-117, n° 237. *Contra*, C.-E. CLESSE, *Droit pénal social*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 167-168.

civile à tout le moins si un dommage découle de la saisie effectuée illégalement, la faute commise pouvant difficilement être couverte par l'immunité de responsabilité (art. 2 de la loi du 10 février 2003, notamment) ; l'administration sera également responsable sur la base de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil.

La question de la responsabilité de l'administration et de son agent est différente de celle de savoir si une preuve obtenue de manière illégale au cours d'un contrôle d'un inspecteur social – que l'illégalité soit commise par l'inspecteur ou par un tiers – peut ou doit être prise en considération par un juge ou par l'administration qui statue sur les droits d'un administré ou qui adopte une sanction à son égard. À cette question, il n'y a pas de réponse unique. Diverses circonstances doivent être distinguées.

**2. - Il était une fois un chômeur et un policier** – Le thème qui nous a été imparti n'aurait sans doute pas été choisi si ne s'était déroulée l'histoire suivante. Un chômeur avait été interrogé par la police et avait déclaré apporter régulièrement une aide à son frère qui tenait un commerce. Le procès-verbal contenant ses déclarations avait ensuite été communiqué à l'Office national de l'emploi (ONEm), sans l'autorisation du procureur général, et ce en contravention à l'article 125 du Tarif criminel<sup>5</sup>. Sur cette base, l'ONEm avait entendu puis sanctionné le chômeur (vraisemblablement d'exclusion du bénéfice des allocations et de récupération des allocations indûment versées). Le tribunal puis la cour du travail avaient annulé la décision de l'ONEm au motif qu'elle reposait uniquement sur une preuve (l'audition par l'ONEm) découlant d'un élément de preuve recueilli de manière illégale (le procès-verbal). Pour la cour du travail, « 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 ».

Sur le pourvoi formé par l'ONEm, la Cour de cassation a donc été amenée à trancher la question de savoir si une preuve obtenue de façon illégale, ou découlant d'un élément de preuve recueilli de manière illégale, peut être prise en considération à l'égal d'un élément récolté de manière licite, ou si, au contraire, cette preuve doit être rejetée des débats et ne peut servir de soutien à une décision. On reviendra plus loin sur l'arrêt et la façon dont la Cour a résolu cette question, qui tranche avec ce qui était admis auparavant (*infra*, n° 5).

**3. - Plan et limites de l'examen** – On commencera par retracer brièvement l'évolution des principes régissant l'admissibilité en justice d'une preuve illégale ou recueillie de manière illégale<sup>6</sup> (§ 1) ; ensuite on examinera dans quelle mesure l'administration elle-même peut se permettre de prendre une décision fondée sur une preuve entachée d'illégalité (§ 2) avant d'examiner de manière plus détaillée les vices conduisant à l'écartement d'une preuve (§ 3) puis de conclure en quelques mots.

---

<sup>5</sup> Arrêté royal du 28 décembre 1950 portant règlement général sur les frais de justice en matière répressive.

<sup>6</sup> Sur la distinction, cons. B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken over de geoorloofde vereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *R.W.*, 2002-2003, p. 41.

On s'attachera principalement, suivant le souhait des concepteurs du programme de formation, aux preuves recueillies illégalement dans le cadre des enquêtes des services d'inspection, que les illégalités aient été commises par un inspecteur ou par un tiers. On envisagera les conséquences de ces illégalités sur la validité des décisions administratives qu'elles soutiennent, qu'il s'agisse des institutions de sécurité sociale ou de l'administration compétente pour infliger une amende administrative. Enfin, on ne s'intéressera pas aux conséquences que doit tirer le juge pénal saisi de l'action publique, question traitée dans une autre partie de l'ouvrage.

#### § 1. DU PRINCIPE DE LÉGALITÉ DE LA PREUVE À LA JURISPRUDENCE *ANTIGONE*

#### 4. - **L'ancien principe de légalité de la preuve** – Le principe de légalité de la preuve a régné en maître durant tout le XX<sup>e</sup> siècle<sup>7</sup>.

Ce principe s'adresse au juge. Il lui impose de ne retenir, comme éléments de preuve, que ceux qui ont été recueilli conformément à la loi. Il doit rejeter toute preuve obtenue à la suite d'une infraction commise par les autorités de poursuite ou par un particulier, qu'il soit partie à la cause ou non. On ne vise pas ici les cas exceptionnels où le fonctionnaire recourant aux méthodes de recherche telles le *mystery call* ou le *mystery shopping* est autorisé à commettre certaines infractions pour permettre la réussite de sa mission ou garantir sa propre sécurité. Dans de telles circonstances, pourvu que l'inspecteur se conforme aux conditions strictes énoncées par l'article 42/1, § 3, du Code pénal social, les preuves sont collectées de manière régulière.

Le principe de légalité de la preuve a pour conséquence que la preuve obtenue de manière illégale est nulle ainsi que toutes les autres preuves qui en découleraient ; les constatations effectuées à l'occasion d'une perquisition illégale sont nulles, de même que les éléments recueillis à la suite de ces constatations, et notamment des aveux<sup>8</sup>. C'est ce que l'on appelle la « théorie des fruits de l'arbre empoisonné »<sup>9</sup>.

Ce principe valait tant dans les procédures pénales que dans les procédures civiles. Ainsi, une décision prise par une compagnie d'assurance sur la base de certificats médicaux procurés en violation du secret professionnel était, en vertu de ce principe, déclarée illégale, tout comme étaient écartés les aveux qui n'auraient jamais été faits en l'absence de ces certificats médicaux<sup>10</sup>. De même, un procès-verbal dressé par un policier communal a été écarté dans les circonstances suivantes. Durant une période

---

<sup>7</sup> Le principe de légalité est généralement relié à l'arrêt Recloux prononcé par la Cour de cassation le 10 décembre 1923 (*Pas.*, 1924, I, p. 66), qui concerne une perquisition effectuée sans autorisation judiciaire.

<sup>8</sup> R. SCREVEVS, « La preuve pénale en droit belge », *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 85 ; Ph. TRAEST, *Het bewijs in strafzaken*, Gand, Mijs & Breesch, 1992, p. 347 et s. ; C. DE VALKENEER, *La tromperie dans l'administration de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 82 et s. ; Cass., 24 mai 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 333 ; Cass., 24 avril 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 61.

<sup>9</sup> La « théorie des fruits de l'arbre empoisonné » est expliquée dans les conclusions du premier avocat général Leclercq précédant l'arrêt précité de la Cour de cassation du 10 décembre 1923 : on ne peut utiliser les renseignements recueillis lors de la perquisition, c'est-à-dire tirer des fruits de l'illégalité commise, car « la chose frugifère étant une action illégale, toutes les conséquences (que l'on pourrait en tirer) contre l'homme qui en a été la victime sont entachées du même vice d'illégalité ».

<sup>10</sup> Cass., 18 avril 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1009.

d'incapacité de travail due à un accident du travail, un ouvrier effectuait des travaux pour son propre compte dans son bâtiment en construction. Le bourgmestre soupçonnait que l'incapacité de travail soit inexistante. Pour transformer son soupçon en conviction, il avait déposé une plainte pour « fausses déclarations en vue de percevoir des indemnités ou allocations à charge de l'État ». Le garde-champêtre avait pris l'ouvrier en flagrant délit, dressé un procès-verbal, puis transmis celui-ci au bourgmestre et ce, au mépris du secret de l'instruction (art. 28quinquies C.I.C.). L'ouvrier avait ensuite été licencié pour motif grave sur la base de ce procès-verbal. Saisie de la contestation de l'ouvrier, la cour du travail a écarté la preuve au nom du principe de légalité et condamné l'employeur au paiement d'une indemnité de congé<sup>11</sup>.

L'obligation de collaboration loyale des parties sous-tendait cette jurisprudence aussi ferme que constante<sup>12</sup>.

**5. - L'arrêt *Antigone* et ses suites** – L'inconvénient majeur de ce principe est qu'en interdisant l'utilisation de certaines preuves, il entrave et parfois paralyse la manifestation de la vérité. Il entre ainsi en concurrence avec un objectif non négligeable d'une procédure judiciaire : le souci de vérité. Plus le principe de légalité est strict, plus la possibilité d'établir les faits diminue<sup>13</sup>. C'est pourquoi le principe de légalité des preuves a commencé à s'effiloche à partir des années '90.

Le principe de légalité de la preuve a tout d'abord été abandonné dans les procédures pénales. Par un arrêt du 14 octobre 2003, surnommé *Antigone*, la Cour de cassation a admis que la preuve ne doit pas nécessairement être écartée des débats lorsqu'elle a été obtenue de manière illicite<sup>14</sup>. Cette jurisprudence s'est affinée au fil des arrêts ultérieurs : « le juge ne peut écarter une preuve obtenue illicitement que dans les seuls cas suivants : lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité ; soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la crédibilité de la preuve ; soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable »<sup>15</sup>. La Cour a décidé, par exemple, que n'est pas légalement justifiée la décision d'écarter une preuve qui est la conséquence d'une perquisition illicite dans un hangar au seul motif que le bailleur ne pouvait pas autoriser cette perquisition et qu'un serrurier avait été requis afin de pouvoir accéder au hangar<sup>16</sup>. Dans une autre affaire, elle a décidé que l'omission d'information du personnel en cas de vidéosurveillance « n'étant pas sanctionnée de nullité par la loi, c'est au juge qu'il appartient d'apprécier les conséquences, sur la recevabilité des moyens de preuve produits aux débats, de l'irrégularité ayant entaché leur obtention. Lorsque l'irrégularité commise 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,

<sup>11</sup> C. trav. Bruxelles, 16 janvier 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 214.

<sup>12</sup> A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Liège, Faculté de droit, 1985, n° 476/B ; R. SCREVEN, « La preuve pénale en droit belge », *op. cit.*, p. 85 à 87 ; R. MOUGENOT, « Les obligations : la preuve », *Répertoire notarial*, t. IV, Larcier, 2002, p. 402 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Quelques réflexions sur un principe émergent : la loyauté procédurale », *Justice et droit au procès, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, Dalloz, 2010, p. 417.

<sup>13</sup> Comp. V. PERROCHEAU, « Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves », *Petites affiches*, 2002, n° 99, p. 6 et s.

<sup>14</sup> *R.C.J.B.*, 2004, p. 405 et note F. KUTY ; *T. Straf.*, 2004, p. 127 et note Ph. TRAEST.

<sup>15</sup> Cass., 23 mars 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 661.

<sup>16</sup> Cass., 4 décembre 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 110 et note B. DE SMET.

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 »<sup>17</sup>.

Le Code d'instruction criminelle sera d'ailleurs modifié en vue de consacrer légalement la jurisprudence *Antigone* (art. 32 du Titre préliminaire de Code de procédure pénale)<sup>18</sup>.

C'est ensuite la troisième chambre de la Cour de cassation qui a été amenée à se prononcer sur l'admissibilité des moyens de preuve illicites dans l'affaire évoquée au début de cette étude (*supra*, n° 2), opposant l'ONEm à un chômeur qui avait déclaré à la police aider son frère. Alors que le juge du fond avait écarté le procès-verbal servant de soutienement à la décision et qui avait été transmis irrégulièrement à l'ONEm, la Cour de cassation a accueilli le pourvoi de l'ONEm par un arrêt du 10 mars 2008<sup>19</sup>, dont la portée est discutée mais qui paraît bien être un arrêt de principe<sup>20</sup>. La Cour a cassé l'arrêt attaqué en formulant la même règle que dans ses arrêts rendus en matière pénale : « 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 ».

En d'autres termes, la Cour de cassation a inversé le principe : le juge doit prendre en considération les preuves même recueillies de manière illicite, sauf dans trois cas :

- i. violation d'une formalité prescrite à peine de nullité ;
- ii. vice préjudiciable à la crédibilité de la preuve ;
- iii. atteinte au droit à un procès équitable.

Le pouvoir du juge n'est pas identique dans les trois hypothèses. L'élément de preuve obtenu en violation d'une règle prescrite à peine de nullité fait l'objet d'un rejet sans que le juge ait à s'interroger sur l'opportunité d'écarter ou non cet élément. Dans les deux autres cas, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation. Selon la Cour constitutionnelle, « le fait qu'il appartienne au juge d'apprécier si, compte tenu de l'ensemble des circonstances propres à la cause, l'utilisation d'une preuve illicitement obtenue affecte le droit à un procès équitable ou la fiabilité de la preuve ne conduit pas à une situation incompatible avec l'article 12, alinéa 2 de la Constitution »<sup>21</sup>.

Deux arrêts dans le même sens, sur lesquels on va revenir, ont été prononcés en 2015 et 2016 en matière fiscale (*infra*, n° 9). Ensuite, en 2018, c'est dans une affaire relative à des sanctions

---

<sup>17</sup> Cass., 2 mars 2005, *Pas.*, 2005, p. 505 et conclusions du ministère public. Voy. aussi Cass., 5 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1300 ; Cass., 9 janvier 2018, *Pas.*, 2018, p. 38.

<sup>18</sup> Not. A. MASSET, « La preuve en procédure pénale et le faux en droit pénal », in S. BOUFFLETTE, *La preuve et le faux*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 192 et s. ; O. MICHIELS et G. FALQUE, *Principes de procédure pénale*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 428-429.

<sup>19</sup> *Pas.*, 2008, p. 652, n° 166 ; *R.C.J.B.*, 2009, p. 325 et note.

<sup>20</sup> Dans le même sens, J. van COMPERNOLLE, « L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil », *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP, vol. 126, Liège, Anthémis, 2011, p. 17 ; W. RAUWS, « Het bewijs in arbeidszaken », *T.S.R./R.D.S.*, 2013, p. 248.

<sup>21</sup> C.C., 22 décembre 2010, n°158/2010, B.9.

administratives infligées par l'Autorité des services et marchés financiers (la FSMA)<sup>22</sup> que la Cour de cassation se prononçait de manière similaire<sup>23</sup>.

De son côté, la Cour de Strasbourg ne condamne pas la prise en compte de preuves illicites en soi, pourvu que le droit au procès équitable garanti par l'article 6 soit respecté par la procédure considérée dans son ensemble (*infra*, n° 15 et s.).

La Cour de justice de l'Union européenne s'est, elle aussi, prononcée sur la question mais n'a pas apporté beaucoup de clarté au débat, loin s'en faut<sup>24</sup>. Dans un premier arrêt, du 17 décembre 2015<sup>25</sup>, elle a jugé que les preuves recueillies en violation d'un droit garanti par le droit de l'Union (le droit à la vie privée en l'occurrence) devaient être écartées par la juridiction nationale, sans exception. C'est le contraire qui a ensuite été décidé moins d'un an plus tard par le tribunal de l'Union européenne : appliquant le même raisonnement que la Cour européenne des droits de l'homme, il a jugé que les preuves illégalement recueillies par la Commission (enregistrements secrets de conversations téléphoniques) étaient recevables parce qu'il n'y avait pas eu de violation du droit au procès équitable garanti à l'article 47 de la Charte<sup>26</sup>. On espérait la lumière d'une troisième affaire. La Cour a en effet été saisie par un juge belge au sujet de redevances dues pour le stationnement d'un véhicule sur la voie publique ; le concessionnaire privé auquel la commune avait confié la charge de percevoir les redevances de stationnement était fortement soupçonné par le juge d'avoir obtenu illégalement auprès de la DIV les données relatives à l'immatriculation du véhicule afin d'identifier et de poursuivre en justice le débiteur d'une telle redevance. Malheureusement, la Cour s'est déclarée manifestement incompétente pour répondre aux questions posées en raison de l'insuffisance des explications fournies par le juge de renvoi<sup>27</sup>.

## §2. LA PREUVE ET LA DÉCISION ADMINISTRATIVE

**6. - Le contrôle, par le juge, d'une décision de l'administration sociale prise sur la base d'une preuve illégale** – La jurisprudence *Antigone* s'adresse au juge. Saisi d'un recours contre une décision administrative, il exerce un contrôle de pleine juridiction. Il évaluera les éléments de preuve recueillis à l'aune de la jurisprudence *Antigone*. Il ne rejettera la preuve que si elle est infectée d'un des vices énoncés par la Cour de cassation. S'il rejette la preuve, il se peut qu'il doive en écarter d'autres, qui reposent sur l'élément vicié et sont à leur tour contaminées.

Le périmètre d'application de la jurisprudence *Antigone* n'est pas précisément fixé. Dans son arrêt du 10 mars 2008, la Cour a adopté le même phrasé que dans ses arrêts prononcés en matière pénale ; les circonstances de l'espèce s'y prêtaient, puisqu'il s'agissait en l'occurrence d'une procédure s'appuyant

<sup>22</sup> La FSMA tire ce pouvoir de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

<sup>23</sup> Cass. 9 novembre 2018, *D.A.O.R.*, 2018, p. 48 et note K. ANDRIES ; *R.W.*, 2019-2020, p. 665.

<sup>24</sup> D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in C. DELFORGE, *La preuve en droit privé : quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 165-176 et s.

<sup>25</sup> C.J., 17 décembre 2015, *WebMindLicenses*, C-419/14, EU:C:2015:832, *J.T.*, 2016, p. 401, note F. KONING, *T.F.R.*, 2016, p. 342, note P. DE VOS et D. VERBEKE.

<sup>26</sup> T.U.E., 8 septembre 2016, *Goldfish et Heiploeg*, T-54/14, EU:T:2016:455.

<sup>27</sup> C.J., 11 janvier 2017, *Karim Boudjellal contre Rauwers Contrôle SA*, C-508/16, EU:C:2017:6.

sur une infraction pénale (obtention induite d'allocations de chômage) établie notamment par la transmission illégale d'un procès-verbal d'audition par un policier. Les juges du fond ont rapidement adopté la même solution dans des litiges similaires, tels que celui découlant du refus d'un CPAS d'octroyer le revenu d'intégration sociale à un couple sur la base d'informations transmises par un policier en contravention à la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police<sup>28</sup>

La question s'est vite posée de savoir si les enseignements de cet arrêt pouvaient être étendus aux litiges opposant un employeur et un travailleur. Après quelques hésitations, une grande partie de la doctrine y a répondu positivement. La jurisprudence des juges du fond s'est montrée plus partagée. On ne s'étendra pas ici sur cette controverse, qui n'est que voisine du sujet du jour<sup>29</sup>.

Cependant, les mêmes doutes peuvent surgir lorsqu'il s'agit de savoir le juge doit appliquer la jurisprudence *Antigone* – autrement dit une appréciation souple de l'admissibilité des preuves – à toutes les décisions administratives ou seulement à celles qui infligent une sanction. Qu'en est-il lorsqu'il s'agit pour le juge d'examiner une décision qui tend à recouvrer les cotisations sociales éludées ou des majorations de retard ? Certains sont favorables à la transposition de la jurisprudence *Antigone* dans ces cas<sup>30</sup>. Cette interprétation pourrait trouver appui dans la jurisprudence de la Cour de cassation rendue en matière fiscale<sup>31</sup> (voy. *infra*, n° 9). On peut se poser la question de savoir si ces mêmes principes s'étendent aux décisions d'octroyer, retirer ou refuser une prestation, d'assujettir ou « désassujettir », de récupérer un indu. En sens tout à fait opposé, la cour du travail de Liège a refusé d'appliquer ces principes à la décision d'un assureur accident du travail qui, pour fixer le taux d'incapacité de travail, s'était fondé sur des photos prises par un détective privé, montrant que la victime utilisait sa main gauche beaucoup plus aisément que ce qu'elle avait bien voulu dire à l'expert médecin. La cour du travail a estimé que, puisque l'on ne se trouvait pas dans une hypothèse où était reprochée au travailleur une infraction passible de sanction répressive, il y avait lieu d'appliquer le principe de légalité de la preuve dans toute sa rigueur. Elle a écarté les photos dont l'utilisation, par l'assureur, ne lui paraissait pas respecter toutes les dispositions sur la protection des données personnelles<sup>32</sup>.

**7. – Intérêt ou obligation pour l'administration de se conformer à la jurisprudence *Antigone*** – En amont de la procédure judiciaire, l'autorité administrative peut aussi être confrontée à la question de savoir si elle peut ou non prendre en compte une preuve illégale. L'Office national de sécurité sociale (ONSS) peut-il réclamer une cotisation de solidarité pour défaut de déclaration immédiate de l'emploi (Dimona)<sup>33</sup> alors que les faits infractionnels ont été constatés par un inspecteur qui n'a pas présenté son titre de légitimation (art. 20 du Code pénal social) ? L'ONEm peut-il/doit-il renoncer à sanctionner

---

<sup>28</sup> C. trav. Liège, 30 juillet 2013, *Chron. D.S.*, 2013, p. 442 ; C. trav. Liège, 5 décembre 2013, *Chron. D.S.*, 2015, p. 150 (somm.).

<sup>29</sup> On se permettra néanmoins ci et là d'illustrer ou étayer le propos à l'aide de la jurisprudence prononcée dans le contexte des relations de travail, significativement plus fournie que celle relative à la fraude sociale.

<sup>30</sup> J.-H. TASSET, « La phase administrative, dite du 'préalable administratif' », in *Le contentieux du droit de la sécurité sociale. Hommage à Michel Westrade*, Limal, Anthemis, 2012, p. 79, note de bas de page 352.

<sup>31</sup> Cass., 4 novembre 2016, *Pas.*, 2016, p. 2118.

<sup>32</sup> C. trav. Liège, 6 février 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 298.

<sup>33</sup> Art. 22<sup>quater</sup> de la loi du 27 juin 1969 modifiant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs.



un chômeur alors que le dossier révèle que la preuve du fait qu'il travaillait repose sur des images obtenues par des caméras de surveillance illicites ?

Il est évident que, ne fût-ce que pour éviter les procédures inutiles, l'intérêt général commande que l'administration n'adopte pas une décision dont elle sait pertinemment qu'elle sera annulée ou réformée par le juge. La bonne gouvernance impose que l'autorité administrative anticipe les conséquences d'un recours judiciaire. Si une preuve a été récoltée au mépris d'une règle prescrite à peine de nullité ou s'il apparaît que la preuve n'est pas crédible, l'administration écartera sagement cette preuve, à peine de voir sa décision annulée par le tribunal.

Qu'en est-il du troisième vice – la violation du droit au procès équitable – si la preuve était prise en considération par l'autorité administrative ? L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas applicable à l'administration active ; au stade de la procédure administrative, il n'est pas débattu de la violation de cette disposition. C'est le juge qui doit veiller à l'équité du procès ; ce n'est donc que s'il y a un recours judiciaire que la violation du droit au procès équitable pourrait être utilement invoquée. Si la phase administrative échappe à l'emprise de l'article 6 de la Convention européenne, l'administration active doit néanmoins observer les principes généraux de bonne administration<sup>34</sup>. Ainsi, suivant le Conseil d'État, lorsqu'elle décide d'infliger une sanction, l'administration assure une mission proche de celle d'une juridiction répressive et est tenue de respecter les règles qui s'imposent à une telle juridiction dans la mesure où la législation applicable et sa nature d'autorité administrative n'y font pas obstacle<sup>35</sup>.

Il convient donc d'examiner si les principes généraux de bonne administration vont jusqu'à contraindre l'administration à écarter une preuve illicite.

**8. - La légalité de la preuve et les principes généraux de bonne administration** – Les principes généraux de bonne administration, appelés aussi principes généraux de droit administratif<sup>36</sup>, peuvent être définis comme « des règles de droit non écrites auxquelles l'administration doit conformer son fonctionnement et son action, et à l'aune desquelles le juge saisi d'un litige semant le doute sur la légalité d'un acte administratif exercera, le cas échéant, son contrôle »<sup>37</sup>. Ils « recouvrent une série d'impératifs qui vont s'imposer à toute autorité administrative dans l'élaboration, l'adoption et l'exécution de ses décisions, dont l'objectif est d'assurer que celle-ci agisse comme toute administration normalement diligente, raisonnable et veillant au respect de l'intérêt général et de la légalité »<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 839.

<sup>35</sup> C.E., 24 mars 2005, S.A. TVi, n° 142.593.

<sup>36</sup> P. JOASSART et N. BONBLED, « Les principes généraux du droit administratif et de bonne administration en droit social », *Actualité des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, Limal, Anthemis, 2015, p. 99.

<sup>37</sup> J.-F. NEVEN et D. DE ROY, « Principes de bonne administration et responsabilités de l'O.N.S.S. », *La sécurité sociale des travailleurs salariés*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 508, n° 3.

<sup>38</sup> C.E., 19 octobre 2015, *Lemaire et Bakrim*, n° 232.601 ; F. BELLEFLAMME et J. BOURTEMBOURG, « Légalité, motivation, proportionnalité », in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (éd), *Les principes généraux de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 451.

Ces principes s'appliquent, bien entendu, à l'administration fédérale, aux Centres publics d'action sociale (CPAS), et à tous les parastataux, tels l'ONSS<sup>39</sup>, l'ONEm<sup>40</sup>, l'Institut national d'assurance maladie invalidité (INAMI), etc.<sup>41</sup>. Ils s'étendent également aux « institutions coopérantes de sécurité sociale », à savoir les opérateurs privés dont les missions relèvent du service public de la sécurité sociale ; ce concept s'étend donc au-delà des parastataux et englobe, par exemple, les mutualités<sup>42</sup>.

Le non-respect de ces principes de bonne administration peut entacher d'illégalité l'acte administratif litigieux, voire même engager la responsabilité quasi-délictuelle de l'administration sur la base de l'article 1382 du Code civil<sup>43</sup>. La liste de ces principes est longue<sup>44</sup> ; pour le sujet qui nous concerne, l'on peut citer le principe de motivation matérielle, à savoir « la règle selon laquelle toute décision administrative doit [...] être fondée sur des motifs de fait et de droit objectivement admissibles et qui se dégagent soit de la décision elle-même, soit du dossier administratif »<sup>45</sup> ; le principe de prudence et le devoir de minutie qui imposent « à l'autorité de procéder à une recherche minutieuse des faits, à récolter les renseignements nécessaires à la prise de décision et à prendre en considération tous les éléments du dossier afin qu'elle puisse prendre une décision en connaissance de cause et après avoir raisonnablement apprécié tous les éléments utiles à la résolution du cas d'espèce »<sup>46</sup> ; le principe du raisonnable « interdit de prendre une décision dont il serait impensable qu'une administration fonctionnant normalement puisse la prendre »<sup>47</sup>.

Guides de l'action administrative, les principes de bonne administration constituent aussi des « normes de contrôle juridictionnel de celle-ci »<sup>48</sup>. À l'occasion de son contrôle juridictionnel d'une décision administrative, le juge peut-il, au nom des principes généraux de bonne administration, annuler ou réformer une décision prise sur la base d'une preuve recueillie de manière illégale ? La consultation de la jurisprudence publiée montre que les juridictions du travail ne semblent pas s'être prononcées sur la question.

---

<sup>39</sup> Cass., 29 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1875.

<sup>40</sup> V. DOOMS, « De doorwerking van de beginselen van behoorlijk bestuur bij een correcte aangifte van werkloosheid », *RABG*, 2018, pp. 1106-1110.

<sup>41</sup> Plus généralement, cons. J. PUT, *Administratieve sancties in het sociaizekerheidsrecht*, Bruges, die Keure, 1998, pp. 182 et s., et pp. 236 et s.

<sup>42</sup> S. BEN MESSAOUD, M. KERKHOF et P. SLEIGERS, « L'application des principes généraux de droit administratif en droit de la santé et de la sécurité sociale », in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (éd), *Les principes généraux de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 857-860, et références citées.

<sup>43</sup> J.-F. NEVEN et D. DE ROY, « Principes de bonne administration et responsabilités de l'O.N.S.S. », *op. cit.*, p. 513.

<sup>44</sup> J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 625 et s.

<sup>45</sup> J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 636.

<sup>46</sup> Jurisprudence abondante du Conseil d'État citée par D. DE JONGHE et P.-F. HENRARD, « L'actualité des principes généraux du droit administratif et de bonne administration en droit administratif : questions choisies », in *Actualité des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, Limal, Anthemis, 2015, p. 24, n° 26, not. C.E., 24 mars 2015, *Sprl Van Daele*, n° 230.609.

<sup>47</sup> C.E., 30 juin 2015, *Glaudot*, n° 231.818. Cons. Y. MOSSOUX, « Les principes du raisonnable et de proportionnalité », in *Actualité des principes généraux en droit administratif, social et fiscal*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 51 et s. ; F. BELLEFLAMME et J. BOURTEMBOURG, « Légalité, motivation, proportionnalité », *op. cit.*, p. 451.

<sup>48</sup> J. JAUMOTTE et D. DE ROY, « Les principes généraux du droit administratif : entre certitudes et questions », in S. BEN MESSAOUD et F. VISEUR (éd), *Les principes généraux de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 12.

Celle-ci est en revanche régulièrement débattue dans une matière proche, le droit fiscal, dont les enseignements peuvent certainement être une source d'inspiration<sup>49</sup>.

**9. - La légalité de la preuve et les principes de bonne administration : l'inspiration du droit fiscal** – Sans entrer dans les détails, cette question étant traitée ailleurs dans l'ouvrage, l'on évoquera brièvement ici les points saillants de la discussion menée en droit fiscal, afin de recueillir les éléments permettant d'éclairer la solution pouvant être adoptée dans les litiges relevant du droit social.

Certains jugent considèrent que la récolte de preuves de manière irrégulière, par exemple en violation du secret de l'instruction judiciaire, est une violation du principe de bonne administration. Ceci entraîne, selon eux, la nullité de l'acte de contrôle fiscal. L'exclusion de la preuve s'explique par la considération que l'usage, par l'administration fiscale, de preuves recueillies irrégulièrement est un « acte de mauvaise administration », qui ne peut satisfaire aux exigences de légitimité qui sont incontestablement liées à l'action de l'autorité dans un État de droit<sup>50</sup>.

La Cour de cassation n'est pas aussi catégorique. Pour elle, si, effectivement, lorsque la loi ne prescrit pas de sanction particulière, « l'utilisation par l'administration d'une preuve obtenue illégalement doit être contrôlée à la lumière des principes de bonne administration et du droit à un procès équitable », le principe de bonne administration ne commande pas pour autant l'écartement systématique de la preuve illégalement recueillie : « Het gebruik door de administratie van onrechtmatig verkregen bewijs dient te worden getoetst aan de beginselen van behoorlijk bestuur en het recht op een eerlijk proces. Behoudens wanneer de wetgever ter zake in bijzondere sancties voorziet, kan het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in fiscale zaken slechts worden geweerd indien de bewijsmiddelen verkregen zijn op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat dit gebruik onder alle omstandigheden als ontoelaatbaar moet worden geacht, of indien dit gebruik het recht van de belastingplichtige op een eerlijk proces in het gedrang brengt. De rechter kan bij die afwezigheid onder meer rekening houden met één of meer van volgende omstandigheden: het zuiver formeel karakter van de onregelmatigheid, de weerslag ervan op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm worden beschermd, het al dan niet opzettelijk karakter van de door de overheid begane onrechtmatigheid en de omstandigheid dat de ernst van de inbreuk veruit de begane onrechtmatigheid overstijgt »<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Pour une synthèse de ces arrêts, cons. S. SCARNÀ et V. LURQUIN, « L'Antigone fiscal – Et pour quelques dollars de plus », in S. SCARNÀ (dir.), *L'évolution de la jurisprudence Antigone sous le triple axe, pénal, social et fiscal*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 107 et s. ; L. VANDENBERGHE et I. DE TROYER, *Handboek fiscale procedure inkomstenbelastingen*, 11<sup>e</sup> éd., Anvers, Intersentia, 2018, pp. 82-87.

<sup>50</sup> Not. Anvers, 18 décembre 2007, *F.J.F.*, 2009, n° 2009/155, p. 608. Dans le même sens, H. MAUS, « Het (on)rechtmatig optreden van de belastingadministratie Bij de fiscale controle », *R.W.*, 2003-2004, pp. 1597 et s.

<sup>51</sup> « 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 ont été obtenus d'une manière qui est tellement contraire à ce qui est raisonnablement 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 excède de manière importante l'illégalité commise » (Cass., 22 mai 2015, *Pas.*, 2015, p. 1343 ; Cass., 4 novembre 2016, *Pas.*, 2016, p. 2118).

Dans le premier arrêt, il s'agissait d'informations recueillies à l'étranger par l'Inspection spéciale des impôts dans le cadre d'une enquête pour fraude à la TVA ; ces informations auraient dû être demandées par « l'autorité compétente », c'est-à-dire le ministre des Finances ou un représentant autorisé, à savoir « l'Unité centrale de la taxe sur la valeur ajoutée pour la coopération administrative internationale créée au sein de l'Administration de la TVA, de l'Enregistrement et des Domaines ». La cour d'appel avait refusé d'écarter les pièces après avoir pourtant reconnu qu'elles avaient été obtenues de manière illégale. Après avoir relevé qu'il n'y avait aucune sanction prescrite par le droit fiscal en cas de preuve illicite, elle avait considéré que l'on ne se trouvait pas en présence de moyens de preuve obtenus d'une manière tellement contraire à ce qui est raisonnablement attendu d'une autorité agissant selon le principe de bonne administration que cette utilisation ne peut en aucune circonstance être admise. Aucun droit fondamental du contribuable n'avait à ce point été violé que l'engagement d'un examen plus approfondi de la pertinence fiscale des éléments obtenus n'aurait pu être admis. Enfin, le contribuable n'était pas en mesure d'établir une atteinte à ses intérêts résultant de l'irrégularité invoquée, ses droits de la défense avaient été sauvegardés à tous les stades de la procédure, l'on ne pouvait douter de la fiabilité des informations obtenues – d'ailleurs confirmées par d'autres éléments du dossier – et l'irrégularité dans l'obtention de la preuve par l'administration paraissait sans proportion avec la gravité et l'ampleur de la fraude fiscale qui avait été révélée. En d'autres termes, pour la cour d'appel, le droit au procès équitable n'était pas violé par la prise en compte des informations litigieuses. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi.

Dans le deuxième arrêt, le contrôleur s'était fait envoyer la copie des documents qu'il voulait examiner, alors que la loi prévoit qu'il peut en prendre connaissance sans déplacement. La cour d'appel avait jugé l'action de l'administration illégale mais pas au point d'entraîner la nullité des actes posés comme suite de cette preuve : « les pièces sont les mêmes, qu'elles soient communiquées sous forme de photocopies envoyées par courrier ou qu'elles soient examinées sur place, et elles doivent en tout état de cause être transmises si le contrôleur en fait la demande ». La Cour de cassation a rejeté le pourvoi.

En revanche, en application de la « théorie des fruits de l'arbre empoisonné », lorsqu'il est conclu à l'écartement des éléments de preuve obtenus de manière irrégulière, cette exclusion porte aussi sur les résultats de toutes les mesures d'instruction subséquentes, régulièrement exécutées, qui sont fondées sur la preuve obtenue illégalement auparavant. Mais pour que les mesures d'instruction soient contaminées par l'illicéité, il faut qu'elles se fondent sur une preuve obtenue illégalement ; la contamination ne se produit pas si les résultats d'une nouvelle mesure d'instruction ne se fondent pas sur les preuves obtenues irrégulièrement<sup>52</sup>. Par exemple, si une visite des lieux est opérée conformément à la loi et permet de réunir des éléments de preuve, ceux-ci ne sont pas viciés en dépit du fait que la visite des lieux a été déclenchée parce que l'administration disposait d'informations recueillies illégalement<sup>53</sup>.

En conclusion, dans la matière fiscale, trois vices permettent d'écarter la preuve illégalement obtenue :

- i. une règle prescrite à peine de nullité a été violée ;

---

<sup>52</sup> Cass., 6 mars 2015, *Pas.*, 2015, p. 596.

<sup>53</sup> Comp. Cour eur. D.H., 6 octobre 2016, *K.S. et M.S. c. Allemagne*, req. n° 33696/11.

- ii. le principe de bonne administration a été violé par le fait que la preuve a été obtenue d'une manière tellement contraire à ce qui est raisonnablement attendu d'une autorité agissant selon le principe de bonne administration que cette utilisation ne peut en aucune circonstance être admise ;
- iii. l'enquête ne s'est pas déroulée d'une manière telle que le droit au procès équitable serait vicié.

À défaut, l'administration peut prendre en compte la preuve litigieuse.

On peut aisément imaginer que les décisions prises par la Cour de cassation en matière fiscale seraient reproduites à peu près à l'identique si elle était saisie d'une question similaire à l'occasion d'une contestation relevant du droit social.

### §3. LES VICES CONDUISANT À L'ÉCARTEMENT DE LA PREUVE IRRÉGULIÈRE

#### I. La violation d'une formalité prescrite à peine de nullité

**10. - Violation d'une formalité prescrite à peine de nullité** – Un litige en matière de sécurité sociale s'appuie fréquemment sur un constat d'un inspecteur social ; si celui-ci fait état d'éléments recueillis en violation d'une disposition prescrite à peine de nullité, ces éléments doivent être écartés. La solution est identique lorsque la décision administrative contestée est une décision infligeant une amende administrative.

À la différence du Code d'instruction criminelle, qui prescrit rarement la nullité pour sanctionner le non-respect des formalités qu'il édicte<sup>54</sup>, le droit pénal social recourt à cette sanction pour une bonne partie des règles qui lui sont propres. L'article 2, § 5, de la loi du 2 juin 2010 comprenant des dispositions de droit pénal social<sup>55</sup> (appelé à être intégré dans le Code pénal social<sup>56</sup>) proclame la nullité des mesures de contrainte prescrites par les inspecteurs sociaux lorsqu'elles sont exécutées en violation des articles 28, § 3, 31, 37 et 43 à 49 du Code pénal social ainsi que la nullité des notifications prévues par les articles 49/1 à 49/3.

Les actes annulables sont les suivants :

- la recherche et l'examen des supports d'information de données sociales ou de données dont la loi impose la détention par l'employeur, et ce (i) lorsque l'employeur<sup>57</sup> refuse de les présenter, sans toutefois s'opposer à leur recherche ou leur examen, ou (ii) s'il est absent au moment du contrôle et n'est pas joignable (art. 28, § 3) ;

<sup>54</sup> Par ex. en matière de témoignages anonymes (art. 86bis, § 4, et 86ter, al. 1<sup>er</sup>, C.I.C.), d'écoutes téléphoniques (article 90quater, § 1<sup>er</sup>, al. 2, C.I.C.) et des prestations de serment des témoins (art. 155 et 295, C.I.C.).

<sup>55</sup> M.B., 1<sup>er</sup> juillet 2010.

<sup>56</sup> L'article 5 de la loi habilite le Roi à les insérer dans le Code pénal social.

<sup>57</sup> Plus précisément, l'employeur, son préposé ou son mandataire.

- la fourniture du droit d'accès au système informatique de l'entreprise ou à tout autre appareil électronique lorsque ces données sont accessibles de cette manière (art. 31) ;
- la saisie ou la mise sous scellés de ces mêmes supports (art. 35) ;
- la prise d'échantillons (art. 37) ;
- la saisie ou la mise sous scellés de biens immobiliers ou de biens mobiliers autres que les supports d'information (art. 38) ;
- les mesures de contrainte prises en matière de santé et de sécurité (art. 43 à 49), et notamment l'interdiction d'utiliser les machines ou de mettre en œuvre des substances dangereuses, l'ordre de cessation du travail, l'ordre d'évacuation, l'apposition de scellés, l'ordre de prendre des mesures organisationnelles relatives au service interne de prévention et de protection ;
- la notification faite aux donneurs d'ordre et sous-traitants d'une infraction grave en matière de paiement de rémunération (art. 49/1) ;
- la notification faite aux entrepreneurs que leur sous-traitant direct ou indirect occupe un ou des ressortissant(s) de pays tiers en séjour illégal (art. 49/2) ;
- la notification concernant la responsabilité solidaire particulière du contractant direct, en cas d'activités dans le domaine de la construction (art. 49/3)<sup>58</sup>.

Les formalités prescrites à peine de nullité sont les suivantes.

- Toute personne lésée par une mesure contraignante a le droit d'être informée de cette mesure ainsi que de ses droits et obligations découlant de celle-ci par un écrit – qui ne doit pas nécessairement être distinct du procès-verbal – remis à l'intéressé moyennant un accusé de réception (art. 53, § 1<sup>er</sup> et 2) ;
- L'écrit doit porter différentes mentions : les mesures qui ont été prises, la date et l'heure à laquelle elle l'ont été et l'identité des inspecteurs sociaux qui les ont exécutées ; le cas échéant, les mesures de recherche des supports d'informations contenant des données sociales et autres données obligatoires, ainsi que les examens qui en ont découlé ; l'action judiciaire que peut intenter la personne lésée par de telles mesures, l'arrondissement compétent et l'autorité qui doit être citée en cas de recours ; la reproduction des dispositions des articles 209 et 210 relatives, d'une part, au délit d'obstacle à la surveillance et, d'autre part, aux sanctions pénales applicables en cas de non-respect des mesures de contrainte (art. 53, § 3) ;
- Les notifications effectuées en vertu des articles 42/1 à 42/3 font l'objet d'un formalisme partiellement distinct (plus détaillé) énoncé par ces dispositions.

---

<sup>58</sup> La mention, dans la loi du 2 juin 2010, des notifications visées aux articles 42/2 et 42/3 est surprenante, dès lors que ces mesures sont purement informatives et n'ont aucun effet contraignant.

La nullité d'un acte accompli par un inspecteur social oblige le juge à écarter l'élément de preuve des débats, sans pouvoir apprécier l'opportunité de l'écarter ou de le prendre en compte.

**11. - Violation d'une formalité prescrite à peine de nullité. Casus** – Imaginons un contrôleur du Contrôle des lois sociales qui se rend dans une entreprise à l'improviste. L'employeur n'est pas présent. Le contrôleur se met à la recherche du règlement de travail et des contrats de travail à temps partiel en faisant fi de l'obligation formulée par l'article 28, § 3, du Code pénal social : il ne tente pas préalablement de joindre l'employeur (ni son préposé ou mandataire). Ne trouvant pas les documents recherchés, il dresse un procès-verbal de constat d'infraction à l'article 151 du Code pénal social, qui punit, d'une sanction de niveau 3, la méconnaissance de l'article 157 de la loi-programme du 22 décembre 1989, en d'autres termes l'omission de conserver, à l'endroit où le règlement de travail peut être consulté, une copie du contrat de travail des travailleurs à temps partiel ou un extrait de ces contrats de travail contenant les horaires de travail. L'auditeur du travail classe le procès-verbal sans suite de sorte que l'administration compétente pour infliger une amende administrative, à savoir la Direction des amendes administratives instituée au SPF Emploi, Travail et Concertation sociale, entame la procédure en vue de l'application de l'amende administrative. L'employeur est invité à présenter ses moyens de défense, comme le prescrit l'article 77 du Code pénal social. Il fait valoir que le contrôle a été effectué illégalement. Selon lui, la preuve de l'infraction doit être écartée des débats car l'article 28, § 3, du Code pénal social n'a pas été respecté. La formalité – tenter de joindre l'employeur au préalable – est prescrite à peine de nullité (*supra*, n° 10). Que peut faire la direction des amendes administratives ?

À notre estime, dès le stade de la procédure administrative, il y a lieu d'écarter la preuve entachée de nullité, et ce en raison des principes de bonne administration qui s'imposent à l'autorité qui inflige l'amende. L'autorité compétente manquerait à ces principes si elle prenait cette preuve en considération pour fonder sa décision. Et dès lors qu'il s'agit du seul élément de preuve présent dans le dossier, l'administration devra s'abstenir d'infliger une amende. Si elle agit en sens contraire et applique une amende, le tribunal du travail saisi du recours de l'employeur devra déclarer celui-ci fondé.

## II. Le défaut de fiabilité de la preuve

**12. - Vice préjudiciable à la crédibilité de la preuve** – Il est assez généralement admis que la fiabilité de la preuve est davantage liée à la valeur probante de l'élément de preuve qu'à son admissibilité<sup>59</sup> ; le juge doit donc rejeter une preuve non fiable, qu'elle soit légale ou illégale. Quoi qu'il en soit, le critère tiré du manque de fiabilité de la preuve permettra d'écarter les preuves résultant de certains procédés douteux, tels que des aveux obtenus sous la contrainte physique (torture)<sup>60</sup> ou morale (atteinte au droit au silence).

---

<sup>59</sup> Ph. TRAEST, « Onrechtmatig verkregen doch bruikbaar bewijs: het Hof van Cassatie zet de bakens uit », *T. Straf.*, 2004, p. 137 ; H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, la Charte, 2017, p. 1205 ; O. MICHIELS et G. FALQUE, *Principes de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 424.

<sup>60</sup> Cass., 23 mars 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 661.

L'enregistrement d'une conversation à l'insu de celui à qui on l'oppose est parfois reçu comme preuve en justice<sup>61</sup>, mais, dans certains cas, la jurisprudence peut se montrer méfiante : selon certaines juridictions, le fichier électronique contenant l'enregistrement d'une conversation téléphonique pourrait être manipulé, notamment par la coupure de certains passages<sup>62</sup>, à moins que cet enregistrement ait été effectué en présence d'un huissier<sup>63</sup> ; un autre reproche est tiré du fait que celui qui enregistre la conversation à l'insu de son interlocuteur et dans un but bien précis « a eu la possibilité de préparer les questions de manière à induire les réponses », de sorte que « la preuve ainsi recueillie n'est pas crédible »<sup>64</sup>.

Le même genre d'hésitation peut se manifester au sujet des images<sup>65</sup>. L'article 39 du Code pénal social permet aux inspecteurs sociaux de faire des constatations en réalisant des images. La crédibilité de celles-ci est renforcée lorsqu'elles ont été prises par les inspecteurs eux-mêmes : pour autant qu'ils se soient conformés aux dispositions de l'article 39, § 3, du Code pénal social, les constatations qu'ils ont faites valent jusqu'à preuve du contraire.

**13. - La crédibilité de la preuve, la provocation et le *mystery call* ou *mystery shopping*** – La provocation porte atteinte à la fiabilité d'une preuve. En matière pénale, la provocation policière rend le procès inéquitable *ab initio* suivant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il y a provocation policière lorsque les agents impliqués – membres des forces de l'ordre ou personnes intervenant à leur demande – ne se limitent pas à examiner d'une manière purement passive l'activité délictueuse (ce qui est le cas de l'infiltration), mais exercent sur la personne qui en fait l'objet une influence de nature à l'inciter à commettre une infraction qu'autrement elle n'aurait pas commise, pour en rendre possible la constatation, c'est-à-dire en apporter la preuve et la poursuivre<sup>66</sup>. La provocation est condamnée en raison de la pression qu'elle exerce sur l'auteur de l'infraction<sup>67</sup>. Le droit belge, qui la définit par référence au fait qu'elle *fait naître ou renforce* une intention délictueuse, a d'ailleurs prévu, dans une telle hypothèse, que les poursuites sont irrecevables (art. 30 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale).

Dans les procédures menées devant le tribunal du travail, la provocation peut déboucher sur l'exclusion de la preuve qu'elle procure. Elle est cependant difficile à identifier et ne se distingue pas toujours facilement de procédés voisins admis par la jurisprudence<sup>68</sup>.

---

<sup>61</sup> C. trav. Liège, 20 novembre 2014, R.G. 2014/AL/54, disponible sur [juridat.be](http://juridat.be)

<sup>62</sup> Au sujet de la fiabilité d'un enregistrement d'une conversation sur un Blackberry, C. trav. Bruxelles, 5 novembre 2009, *J.T.T.*, 2010, p. 139.

<sup>63</sup> Gand, 16 février 2010, *T.G.R.*, 2010, p. 258.

<sup>64</sup> C. trav. Bruxelles, 7 janvier 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 166.

<sup>65</sup> K. ROSIER, « Usage des technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail et droit au respect de la vie privée », *R.D.T.I.*, 2012/3-4, pp. 137-138.

<sup>66</sup> Cour eur. D.H., 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c. Portugal*.

<sup>67</sup> Cour eur. D.H., 5 février 2008, *Ramanauskas c. Lituanie*, req. n° 74420/01. Voy. C. DE VALKENEER, « La provocation policière à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme - Commentaire de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme et de quelques décisions récentes », *Rev. Trim. D.H.*, 2009, p. 211 et s.

<sup>68</sup> Cons. F. KÉFER, « L'admissibilité de la preuve en droit civil et en droit pénal », *op. cit.*, p. 218-219.



Il faut également distinguer de la provocation la preuve par *mystery call* ou *mystery shopping* – scénario destiné à constater les discriminations. Ce procédé, encadré par l’article 42/1 du Code pénal social, ne se distingue de la provocation que de manière très ténue. Il s’agit, pour les inspecteurs sociaux, dûment autorisés par l’auditeur du travail ou le procureur du Roi, d’agir sans dévoiler leur identité ni présenter leur titre de légitimation et de se présenter comme des clients, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels, pour vérifier si une discrimination fondée sur un critère protégé légalement a été ou est commise. Sauf exception autorisée par l’auditeur du travail ou le procureur du Roi, il leur est interdit de commettre des faits punissables en accomplissant cette mission (art. 42/1, §§ 2 et 3). La provocation au sens de l’article 30 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale est explicitement proscrite (§ 5).

Le *mystery call* ou *mystery shopping* ne peut ni susciter ni encourager la discrimination ; l’inspecteur se limite à constater celle-ci après avoir installé les conditions pour qu’elle puisse se réaliser. En d’autres termes, il s’agit uniquement de « créer l’occasion de mettre à jour une pratique discriminatoire » ; la mesure ne peut pas avoir pour effet de créer une pratique discriminatoire alors qu’il n’y avait aucun indice sérieux permettant de croire à l’existence d’une telle illégalité (§ 5, al. 2)<sup>69</sup> ; les inspecteurs doivent d’ailleurs préalablement disposer d’indications objectives de discrimination, à la suite d’une plainte ou d’un signalement, soutenues par des résultats de *datamining*<sup>70</sup> et de *datamatching*<sup>71</sup> (§ 1<sup>er</sup>).

La distinction entre la provocation – qui corrompt la preuve – et les procédés voisins qui ne la vicient pas semble donc résider dans le fait que l’auteur de la provocation a encouragé le fait qu’il s’agit de constater et ne s’est pas borné à en constater la réalisation<sup>72</sup>.

### III. La violation du principe général du raisonnable

**14. - Renvoi** – L’hypothèse où la preuve a été obtenue « d’une manière tellement contraire » à ce qui est raisonnablement attendu d’une autorité agissant selon le principe de bonne administration que cette utilisation « ne peut en aucune circonstance être admise » a déjà été examinée ci-dessus (n° 9). Il n’est évidemment pas simple pour un justiciable d’identifier si les preuves invoquées par l’administration ont été recueillies de manière « tellement contraire à ce qui est attendu d’une autorité agissant selon le principe de bonne administration »<sup>73</sup>. En outre, vu sa formulation, la règle implique un contrôle uniquement marginal du pouvoir judiciaire.

### IV. La violation du droit au procès équitable

---

<sup>69</sup> Comp. I. RORIVE et V. VAN DER PLANCKE, « Quels dispositifs pour prouver la discrimination ? », *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges, La Charte, 2008, p. 440 à 442.

<sup>70</sup> L’article 16, 20°, définit le *datamining* comme « la recherche de façon ponctuelle des liens dans des collectes de données afin d’établir des profils pour des recherches plus approfondies ».

<sup>71</sup> L’article 16, 21°, définit le *datamatching* comme « la comparaison l’un avec l’autre de deux sets de données rassemblées ».

<sup>72</sup> Comp. Cass., 4 mars 2014, *N.C.*, 2015, p. 35 et note H. BERKMOES et *Pas.*, 2014, p. 592.

<sup>73</sup> Comp. les observations critiques de F. KONING, « La preuve irrégulière en matière fiscale, ou le *Requiem* d’Antigone », *J.T.*, 2017, p. 79.

**15. – Atteinte au droit à un procès équitable. Première limite** – C’est principalement le troisième vice qui est de nature à faire écarter une preuve. Le droit au procès équitable évoque une exigence de loyauté, notamment lors de la collecte des preuves<sup>74</sup>. Cette obligation de loyauté a cependant des limites.

Tout d’abord, l’obligation de loyauté ne va pas jusqu’à interdire l’utilisation d’une preuve recueillie grâce à la violation d’une loi ou d’un droit garanti par la Convention européenne des droits de l’homme. La seule violation de la loi ou la méconnaissance de droits fondamentaux garantis par la Constitution ou par des Conventions internationales ne suffisent pas pour que le droit au procès équitable soit considéré comme violé. Telle est l’opinion tant de la Cour de cassation que de la Cour européenne des droits de l’homme. Ainsi par exemple, les perquisitions exercées au mépris du droit à l’inviolabilité du domicile ou, comme on va le voir de manière plus approfondie, les images captées par un système de vidéosurveillance illicite ne sont pas nécessairement écartées, en dépit des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l’homme<sup>75</sup>.

Il y a toutefois quelques hypothèses où la violation de la Convention européenne des droits de l’homme rend par elle-même le procès inéquitable. L’exclusion de la preuve s’impose si elle a été obtenue en violation d’un droit considéré comme parmi les plus fondamentaux de la Convention : l’utilisation de déclarations obtenues en violation du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination rend le procès inéquitable<sup>76</sup> ; il en est de même en cas de déclaration découlant d’actes de torture – situation sans doute peu plausible dans les enquêtes sociales – prive automatiquement d’équité la procédure dans son ensemble et viole l’article 6<sup>77</sup>.

**16. – Atteinte au droit à un procès équitable. Seconde limite** – Ensuite, l’appréciation du juge est faite globalement ; l’admission par un juge d’un élément de preuve illégal ne rend pas, par elle-même, le procès inéquitable. Dans son appréciation, il tiendra compte des circonstances énoncées à titre exemplatif par la Cour de cassation<sup>78</sup> : le caractère purement formel de l’irrégularité, ou encore l’absence d’incidence du manquement dénoncé sur le droit ou la liberté protégés par la norme transgressée ; la circonstance que l’illégalité prêtée aux enquêteurs ou aux autorités d’instruction ou de poursuite, ou encore au dénonciateur, n’est pas intentionnelle ; la disproportion entre l’infraction et l’irrégularité ayant précédé ou ayant accompagné sa constatation ; la circonstance que la preuve illicite porte uniquement sur l’élément matériel de l’infraction. L’adverbe « notamment » indique que

---

<sup>74</sup> En aucune façon, cette obligation de loyauté, qui sous-tend le droit au procès équitable, ne se réduit ni ne s’identifie au principe de loyauté procédurale (Comp., sur la base d’une interprétation erronée de nos écrits antérieurs, B. ALLEMEERSCH et S. REYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour ‘Antigoon’ », *J.T.*, 2012, p. 169 et s., n°15 et 16).

<sup>75</sup> Cass., 16 novembre 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 665 ; Cass., 2 mars 2005, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 668 et conclusions du ministère public ; Cass., 21 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2437 ; Cass., 4 décembre 2007, *R.W.*, 2008-2009, p. 110 et note B. DE SMET ; Cass., 2 septembre 2009, *Rev. dr. pén.*, 2010, p. 677.

<sup>76</sup> Cour eur. D.H., 5 novembre 2002, *Allan c. Royaume-Uni*, req. n° 48539/99 ; Cour eur. D.H., 1<sup>er</sup> mars 2007, *Heglas c. République tchèque*, req. n° 5935/02.

<sup>77</sup> Cour eur. D.H., 1<sup>er</sup> juin 2010, *Gäffgen c. Allemagne*, req. n° 22978/05, § 173.

<sup>78</sup> Ces circonstances ne doivent être examinées, à notre avis, que pour l’appréciation du respect du droit au procès équitable, et pas pour celle du défaut de fiabilité de la preuve. Dans le même sens, C.C., 22 décembre 2010, n° 158/2010. B. ALLEMEERSCH et S. REYELANDT (« Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour ‘Antigoon’ », *op. cit.*, p. 171, n° 20) sont d’avis que ces circonstances doivent aussi être prises en considération lors de l’appréciation de la fiabilité de la preuve, tout en critiquant la pertinence de ces circonstances pour l’appréciation de la fiabilité de la preuve.

la Cour ne limite pas ces circonstances et que l'énonciation est purement exemplative ; elle se borne à illustrer l'hypothèse de la violation du droit au procès équitable.

Au sujet du caractère intentionnel ou non de l'illégalité, la Cour de cassation a précisé 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 »<sup>79</sup>. Ensuite, elle a déclaré que les éléments recueillis au cours d'une perquisition illégale ne doivent pas être rejetés si les policiers n'ont pas agi intentionnellement bien qu'ils aient commis une faute inexcusable<sup>80</sup>.

Le juge devra donc procéder à la pesée des intérêts en présence, à la comparaison des fautes. Il est essentiel que les droits de la défense aient été respectés, notamment si la personne à qui on oppose une preuve illégale ait, au cours du procès, pu librement contredire les éléments de preuve, remettre en cause leur authenticité et s'opposer à leur utilisation<sup>81-82</sup>.

**17. - Le critère secondaire tiré de la disproportion entre l'infraction et l'irrégularité ayant précédé ou ayant accompagné sa constatation** – Parmi les circonstances que le juge devra prendre en compte, suivant la Cour de cassation, se trouve la gravité respective des fautes reprochées : d'un côté, la fausse déclaration d'un chômeur, la perception indue d'allocations sociales ou de remboursement de frais médicaux ou dentaires, l'occupation d'un travailleur non déclaré, le harcèlement moral ou sexuel, par exemple, et de l'autre, l'irrégularité ayant précédé ou ayant accompagné la constatation de cette faute (violation de domicile, violation du secret médical, atteinte au secret des lettres, etc.). Si la seconde « excède manifestement » ou « est hors de proportion avec » la première, le droit au procès équitable risque d'être menacé.

Ce critère est une application du principe de proportionnalité<sup>83</sup>. Le juge doit donc mettre en balance les intérêts en jeu et porter une appréciation globale<sup>84</sup> ; si sa conclusion est que le droit au procès

---

<sup>79</sup> Cass., 31 octobre 2006, *T. Strafr.*, 2007, p. 53 et note F. SCHUERMANS.

<sup>80</sup> Cass., 23 septembre 2008, *T. Strafr.*, 2009, p. 151 et note F. SCHUERMANS ; Cass., 26 janvier 2011, *Rev. dr. pén.*, 2012, p. 82.

<sup>81</sup> Sur la notion de procès équitable, voy. P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 563 et s., et, en particulier en ce qui concerne le régime des preuves, p. 622 et s.

<sup>82</sup> L'interprétation donnée par B. ALLEMEERSCH et S. REYELANDT (« Licéité de la preuve en matière civile : un clone pour 'Antigoon' », *op. cit.*, p. 173, n° 27) paraît sur ce point assez réductrice. La production, dans une procédure civile, de documents volés n'est pas à l'abri de tout risque d'écartement dès lors qu'ils ont été soumis à la contradiction. Le juge pourrait écarter les pièces, par exemple, en invoquant la disproportion entre les moyens employés et la faute reprochée ; ou encore en s'appuyant sur le caractère volontaire de l'illégalité (comp. C. trav. Liège, 14 décembre 2010 (R.G. 2009/AN/8.833)). Ce faisant, le juge se bornerait à apprécier le droit au procès équitable en fonction des circonstances énoncées par la Cour de cassation.

<sup>83</sup> Les inspecteurs sociaux sont, du reste, astreints au respect du principe de proportionnalité dans l'accomplissement de leur mission, même pour la récolte des preuves selon les moyens légaux : « Lors de l'exécution des pouvoirs visés au présent chapitre, les inspecteurs sociaux veillent à ce que les moyens qu'ils utilisent soient appropriés et nécessaires pour la surveillance du respect des dispositions du présent Code, des lois visées au Livre 2 du présent Code et des autres lois dont ils sont chargés de surveiller le respect ainsi que pour la surveillance du respect des dispositions des arrêtés d'exécution du présent Code et des lois précitées » (art. 19 du Code pénal social).

<sup>84</sup> Il s'agit ici d'un *ad hoc balancing*, décrit par, entre autres, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La Cour de cassation reçoit-elle le principe de proportionnalité ? », *Liber Amicorum Paul Martens*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 573 et s.

équitable est compromis, il écarte la preuve<sup>85</sup>. Dans les autres cas, la preuve n'est pas écartée. Dans bien des cas, le rapport de proportionnalité conduira au rejet des éléments de preuve obtenus au mépris du secret professionnel, qu'il s'agisse de celui de l'avocat, du médecin ou du contrôleur social<sup>86</sup> : la gravité de l'irrégularité consistant dans l'appropriation ou dans la communication d'un élément couvert par le secret est telle que, sauf exception, elle ne peut être tenue pour inférieure à celle de la faute qu'il s'agit d'établir. Admettre la preuve au nom du besoin d'établir la vérité en justice compromettrait une valeur supérieure, celle protégée par le secret professionnel.

**18. – Illustration : le droit au procès équitable et la preuve par image** – Comme on l'a dit, l'article 39 du Code pénal social permet aux inspecteurs sociaux de faire des constatations en réalisant des images, quel qu'en soit le support. On n'oubliera pas que si ces images sont obtenues dans le cadre de la méthode particulière de recherche appelée « observation », elle est soumise aux conditions de l'article 47<sup>sexies</sup> du Code d'instruction criminelle<sup>87</sup>.

Le Code pénal social permet aussi aux inspecteurs d'utiliser des images provenant de tiers pour autant que ces personnes ont fait ou obtenu ces images de façon légitime. Les inspecteurs pourraient donc se servir des images de vidéosurveillance d'une entreprise, par exemple pour établir l'occupation de travailleurs ou la durée d'occupation de travailleurs déclarés à temps partiel. Ainsi, dans une affaire jugée par la cour du travail de Liège<sup>88</sup>, des enquêteurs de l'ancienne Inspection sociale avaient pénétré dans un night shop, où étaient occupées quatre personnes, l'employeur et son épouse ainsi que deux autres personnes étrangères, ne s'exprimant pas en français. L'employeur avait commencé par nier que ces personnes travaillaient. Les inspecteurs ont consulté les images enregistrées au cours des sept derniers jours par les caméras de surveillance installées dans le magasin. Ces images étaient éloquentes : on y voyait les deux étrangers occupés chaque jour à ranger et réassortir les rayons, servir les clients derrière le comptoir et encaisser l'argent, nettoyer le magasin, compter la caisse. Aucune Dimona n'avait été effectuée. Les images ont été saisies à la demande de l'auditeur du travail ; les inspecteurs ont en outre pris des clichés photographiques. Un procès-verbal a été établi notamment pour défaut de Dimona. L'ONSS a réclamé ensuite à l'employeur le paiement de deux cotisations de solidarité en application de l'article 22<sup>quater</sup> de la loi du 27 juin 1969, ainsi que les majorations et intérêts de retard dus sur les cotisations payées avec retard (art. 54 de l'arrêté royal du 28 novembre 1969). Le juge s'est appuyé sur les bandes vidéo pour constater que les sommes étaient dues.

Si ces images n'ont pas été recueillies, enregistrées, etc., par l'employeur dans le respect des conditions rigoureuses auxquelles la convention collective de travail n° 68 et surtout la loi – en particulier le Règlement général sur la protection des données (règlement UE 2016/679) et la loi du 31 juillet 2018 – soumettent la vidéosurveillance, la question de l'utilisation, par l'administration, de ces images au titre de preuve se pose.

---

<sup>85</sup> Cass., 8 novembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2181 ; Cour eur. D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davies c. Belgique*, req. N° 18704/05 ; Cour eur. D.H., 31 janvier 2017, *Kalnėnienė c. Belgique*, req. N° 40233/07 ; Cour eur. D.H., *López Ribalda e. a. c. Espagne*, précité.

<sup>86</sup> Pour un cas d'application en matière fiscale, voy. Anvers, 18 décembre 2007, *F.J.F.*, 2009, n° 2009/155, p. 608.

<sup>87</sup> Ch.-E. CLESSE, *Droit pénal social*, op. cit., p. 556.

<sup>88</sup> C. trav. Liège, 26 novembre 2013, *J.T.T.*, 2014, p. 156.

La première décision sur ce point est l'arrêt *Manon* de la Cour de cassation, prononcé le 2 mars 2005 en matière pénale. Le chocolatier Manon avait déposé plainte à l'encontre d'une de ses vendeuses, pour vol domestique et abus de confiance. Il reprochait à celle-ci de ne pas avoir, en tant que caissière, enregistré la totalité des achats effectués par les clients et de s'être approprié frauduleusement la différence entre les montants enregistrés et les montants réels des ventes (les préventions seront requalifiées par le procureur du Roi en faux en écriture et escroquerie). A l'appui de sa plainte, le chocolatier avait joint des images issues de la vidéosurveillance installée à l'insu du personnel. Cette absence d'information du personnel constitue un manquement à la convention collective de 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 rendue obligatoire par l'arrêté royal du 20 septembre 1998<sup>89</sup>.

L'illicéité des images fut alléguée par la travailleuse devant la chambre des mises en accusation de Bruxelles aux fins de faire échec à son renvoi devant la juridiction du fond. Par une première décision du 30 mars 2004, la chambre des mises en accusation avait rejeté le moyen, en considérant que « l'information préalable de la mise en œuvre de la surveillance par caméra aurait en l'espèce privé de tout effet pratique la surveillance projetée » et que « l'absence d'information préalable, à la supposer contraire au prescrit de l'article 9 de la convention collective de travail n°68 du 16 juin 1998, n'entraîne pas l'illicéité du mode de preuve utilisé ». La Cour de cassation a cassé ce premier arrêt le 9 juin 2004<sup>90</sup>.

Par une deuxième décision du 24 novembre 2004, la chambre des mises en accusation de Bruxelles autrement composée a une nouvelle fois renvoyé la caissière devant la juridiction du fond. Sur le second pourvoi de celle-ci, la Cour de cassation, sans se prononcer sur la légalité du mode de preuve, a déclaré que l'omission d'information du personnel « n'étant pas sanctionnée de nullité par la loi, c'est au juge qu'il appartient d'apprécier les conséquences, sur la recevabilité des moyens de preuve produits aux débats, de l'irrégularité ayant entaché leur obtention. Lorsque l'irrégularité commise 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 »<sup>91</sup>.

L'avocat général Vandermeersch écrivait dans ses conclusions précédant cet arrêt : « A l'instar du secret professionnel, le droit à la protection de la vie privée n'a pas été institué pour couvrir des infractions. En l'espèce, la mesure était ciblée dans le temps et l'espace et elle était apparemment

---

<sup>89</sup> Certains auteurs soutiennent cependant qu'en concluant la convention collective n° 68, les partenaires sociaux ont excédé les limites de l'habilitation de la loi du 5 décembre 1968. Voy. P. HUMBLET, « Grondrechten in collectieve arbeidsovereenkomsten : de kwadratuur van de cirkel », *Vijftig jaar Nationale Arbeidsraad*, Bruges, Die Keure, 2003, p. 172 et s. et, du même auteur, « Het gebruik van video-opnamen als bewijsmiddel : laat honderd bloemen bloeien ... », *R.W.*, 2004-2005, p. 1187 et s.

<sup>90</sup> *Rev. dr. pén.*, 2004, p. 1260.

<sup>91</sup> Cass., 2 mars 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 505 et conclusions du ministère public. M.-A. BEERNAERT, « La fin du régime d'exclusion systématique des preuves illicitement recueillies par les organes chargés de l'enquête et des poursuites », *J.L.M.B.*, 2005, p. 1094 et s.

strictement limitée au but poursuivi, à savoir le constat d'éventuelles infractions. Dès lors que la défenderesse disposait de soupçons sérieux de l'existence d'infractions, il était légitime qu'elle ait le souci d'en recueillir les preuves avant d'en faire la dénonciation conformément à l'article 30 du Code d'instruction criminelle. Il ne me paraît pas que ces éléments doivent céder le pas à la valeur protégée par la convention collective du 16 juin 1998, à savoir la vie privée du travailleur. Dès lors, la violation éventuelle de la vie privée de la (travailleuse) et le non-respect de l'obligation prévue à l'article 9 de la convention précitée, ne doivent pas entraîner, à mes yeux, l'exclusion du moyen de preuve »<sup>92</sup>.

Du côté des juridictions du travail, on admet désormais aussi les images procurées par une vidéosurveillance non dénoncée à l'Autorité de protection des données (anciennement Commission de la vie privée)<sup>93</sup> ou non précédée d'une information du personnel<sup>94</sup>.

Un récent arrêt de la Cour de Strasbourg mérite d'être évoqué ici. En l'espèce, des caissières d'une chaîne de supermarchés avaient été filmées en train d'aider des collègues et des clients à voler des produits et d'en voler elles-mêmes. Les images avaient été obtenues par des caméras installées de manière illégale, à défaut pour l'employeur d'avoir respecté son obligation d'informer le personnel de la présence de ces caméras. Les images avaient ensuite été utilisées comme preuves au cours du procès civil qui s'ensuivit. Les travailleuses avaient eu amplement l'occasion de contester aussi bien l'authenticité que l'usage des matériaux recueillis au moyen de la vidéosurveillance. La Cour a rappelé sa jurisprudence constante : 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. Il convient de rechercher en particulier si le requérant s'est vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation. Il faut prendre également en compte la qualité de l'élément de preuve, y compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité et de son exactitude ». Elle a jugé qu'en l'espèce, les preuves étaient solides au point de ne pas nécessiter d'être corroborées par d'autres éléments ; elles ne constituaient en outre pas les seules preuves dont disposait l'employeur ; la Cour a relevé que les droits de la défense avaient été respectés et que le droit au procès équitable n'avait pas été méconnu<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> *Pas.*, 2005, p. 512. On peut rapprocher ce raisonnement d'un argument assez proche, celui de l'abus de droit. Aucun obstacle théorique ne s'oppose à ce que soit reconnu l'abus d'un droit fondamental (F. HENDRICKX, « Privacy op het werk en bewijs van onrechtmatig gedrag : (spookt) Antigoon in het arbeidsrecht ? », *T.S.R./R.D.S.*, 2006, p. 668 et 701). Une approche fonctionnelle des droits fondamentaux conduit à considérer que le droit à la vie privée n'est pas destiné à tenir caché un comportement illégal ou criminel. Si une personne invoque le droit à la vie privée pour échapper à la sanction de son comportement, elle n'invoque pas le droit à l'épanouissement personnel ; elle abuse de son droit en le détournant de sa finalité (R. DE CORTE, « De achterkant van de privacy. Kan het beroep op privacy leiden tot straffeloosheid ? », *NjW* 2003, p. 808 ; S. BERNEMAN, « L'admissibilité de la preuve dans un système continental : le modèle belge », *Rev. dr. pén.*, 2007, p. 302 et 303). Dans cette conception, un amoindrissement du principe de légalité de la preuve se conçoit.

<sup>93</sup> C. trav. Liège, 8 mars 2011, *Chron. D.S.*, 2011, p. 404.

<sup>94</sup> C. trav. Mons, 12 septembre 2011, R.G. 2010/AM/333. Comp. au sujet courriels obtenus grâce à une surveillance de la boîte de courrier électronique appliquée sans avoir observé l'obligation d'information préalable du personnel faite par la convention collective de travail n° 81, C. trav. Liège, 20 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1899.

<sup>95</sup> Cour eur. D.H., *López Ribalda e. a. c. Espagne*, 9 janvier 2018, §§ 82 et s., et (Grande chambre), 17 octobre 2019, req. 1874/13 et 8567/13, §§ 150 et s.

**19. – Deuxième illustration : Communication illicite d'informations. Casus** – Imaginons un procureur du Roi dirigeant une enquête au sujet d'un trafic de stupéfiants. Les policiers interceptent une personne qui s'adonne effectivement à la vente de produits stupéfiants. Au cours de son audition, cette personne déclare être en incapacité de travail et percevoir des indemnités d'incapacité de travail versées par sa mutuelle. L'un des policiers prend l'initiative de transmettre le procès-verbal de constat d'infraction au service de contrôle de l'INAMI, sans avoir ni demandé ni obtenu l'autorisation du procureur général, ce qui est contraire à l'article 125 du Tarif criminel (voy. *supra*, n° 2). Au sein du service de contrôle, le contrôleur social dresse à son tour un procès-verbal de constat d'infraction. En effet, selon l'article 100, § 2, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités coordonnée le 14 juillet 1994, celui qui reprend une activité sans y avoir préalablement été autorisé par le médecin-conseil de la mutualité n'est pas considéré comme étant incapable de travailler et ne peut donc percevoir d'indemnité d'incapacité de travail à partir de la reprise d'activité. Ensuite, le service de contrôle de l'INAMI informe l'organisme assureur de la reprise d'activité non autorisée par son affilié, comme le prévoit l'article 162, *in fine*, de la même loi. Il enjoint en même temps à l'organisme assureur de récupérer l'indu. C'est ainsi que la mutualité adopte, sur la base de l'article 164 de la même loi, une décision de récupération des indemnités d'incapacité de travail versées indûment. Notre trafiquant exerce un recours devant le tribunal du travail. Il affirme qu'il n'y a aucune preuve d'une reprise d'activité et que la décision de récupérer l'indu doit être annulée. Selon lui, la décision de sa mutuelle est nulle car elle découle d'une preuve recueillie illégalement par l'INAMI – le procès-verbal des policiers transmis en violation de l'article 125 du Tarif criminel. Le procès-verbal établi par le contrôleur de l'INAMI est, selon lui, contaminé par cette illégalité et l'instruction donnée à la mutualité de récupérer l'indu est, elle aussi, entachée d'illégalité. La mutualité ne dispose donc d'aucune preuve d'une activité incompatible avec la perception d'indemnités d'incapacité de travail. Le tribunal va-t-il suivre cette argumentation ?

Avant l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 10 mai 2008 (voy. *supra*, n° 5), cette hypothèse était, de manière très classique, résolue en jugeant illégale la décision de récupération puisque la preuve avait été recueillie illégalement<sup>96</sup> et en refusant dès lors de l'appliquer, comme le prévoit l'article 159 de la Constitution. Depuis lors, le raisonnement a profondément changé. Les vices de la jurisprudence *Antigone* doivent être appréciés avant de décider d'écarter une preuve illégale et de considérer une décision administrative comme illégale. Appliqué au casus, ce raisonnement est le suivant. (i) La preuve de la reprise d'activité n'est pas établie en violation d'une règle prescrite à peine de nullité. (ii) Les circonstances de la collecte de la preuve ne privent pas celle-ci de sa fiabilité. (iii) Et surtout, le droit au procès équitable n'est pas violé si cette preuve est prise en considération dès l'instant où l'intéressé s'est vu offrir la possibilité de contester, devant les juridictions du travail, les éléments recueillis et les constatations faites et de s'opposer à leur utilisation. En d'autres termes, le trafiquant risque bien de perdre son procès devant le tribunal du travail.

---

<sup>96</sup> Voy. par exemple, C. trav. Liège, 24 juin 2004, RG 31.228/02, disponible sur *juridat* : la décision de récupération, prise sur la base d'informations fournies à l'INAMI par un garde champêtre mais sans autorisation du procureur général, est nulle pour violation de l'article 125 de l'arrêté royal du 28 décembre 1950 portant règlement sur les frais de justice en matière répressive qui est le corollaire de la règle du secret de l'instruction.

**20. – Troisième illustration : Starsky & Hutch. Casus** – La troisième illustration part d’une histoire vraie – décrite dans un ancien arrêt de la cour du travail de Bruxelles du 3 septembre 1998<sup>97</sup> – et la soumet au droit en vigueur à l’heure actuelle. Un procès-verbal de constat d’infraction est dressé à la suite d’un contrôle social réalisé sur ce que les inspecteurs désignent comme étant un chantier de rénovation et qui est en réalité un immeuble fermé et meublé en cours de transformation, dont l’apparence extérieure ne permet pas de deviner que des travaux sont effectués à l’intérieur. Les propriétaires – un couple – y effectuent des rénovations avec l’aide d’un ressortissant polonais non déclaré. Les inspecteurs pénètrent dans cet immeuble sans l’accord des occupants des lieux et sans l’autorisation judiciaire requise pour la visite des lieux habités ; concrètement ils entrent par le soupirail. Après avoir grimpé la cage d’escalier, ils constatent que le travailleur étranger est occupé à des travaux de peinture au second étage. Les époux sont interrogés et, alors qu’on ne leur a pas proposé de prendre contact avec un avocat, admettent n’avoir réalisé aucune des formalités légales pour l’occupation d’un travailleur. Les constatations des inspecteurs sont effectuées à la suite d’une illégalité, la pénétration dans l’immeuble sans y être autorisé et sans flagrant délit, incendie, inondation ni appel de l’intérieur. Les aveux des supposés employeurs sont eux-mêmes le résultat de cette illégalité et sont, de surcroît, recueillis en violation de l’article 47bis du Code d’instruction criminelle (*Salduz*). L’ensemble des éléments de preuve est vicié. Imaginons que l’ONSS envisage de réclamer aux époux le paiement de la cotisation de solidarité en application de l’article 22quater de la loi du 27 juin 1969, ainsi que les majorations et intérêts de retard dus sur les cotisations payées avec retard (art. 54 de l’arrêté royal du 28 novembre 1969). Cette décision est-elle critiquable au regard du droit de la preuve ?

Même si la jurisprudence ne voit, dans la cotisation de solidarité, qu’une mesure de réparation et non une sanction « car elle s’explique par le souci du législateur de réparer un dommage évalué forfaitairement »<sup>98</sup>, il est raisonnable de considérer que la jurisprudence *Antigone* s’applique en l’espèce, étant donné qu’en matière fiscale, la Cour de cassation l’applique à la procédure d’établissement de la cotisation<sup>99</sup>. Le triple, voire quadruple, test conduit à constater que les éléments de preuves doivent être écartés. (i) Le premier critère ne pose pas de difficulté : les inspecteurs n’ont pas violé une règle prescrite à peine de nullité. (ii) Les preuves sont-elles fiables ? Le constat de l’occupation au travail d’un ressortissant polonais ne paraît pas sujet à discussion sur ce plan. Les déclarations des occupants des lieux, en revanche, sont suspectes étant donné que le droit à se concerter et de se faire assister d’un avocat n’a pas été respecté et qu’il n’y a aucune garantie que les déclarations ont été recueillies sans pression ou ruse. (iii) L’ONSS manquerait-il aux principes généraux de bonne administration en prenant sa décision dans ces circonstances ? Peut-on soutenir que passer par un soupirail pour entrer dans un immeuble habité et ne pas respecter les droits élémentaires d’une personne suspectée d’avoir commis une infraction passible d’une peine d’emprisonnement sont des pratiques « tellement contraires à ce qui est attendu d’une autorité agissant selon le principe de bonne administration » ? Selon toute vraisemblance, oui, de sorte que l’ONSS devrait écarter les éléments de preuve. (iv) En tout état de cause, la violation des garanties *Salduz* au cours de l’enquête s’oppose à ce que l’ONSS tienne compte des déclarations des époux de sorte que, s’il ne dispose pas d’un autre

<sup>97</sup> C. trav. Bruxelles, 3 septembre 1998, *J.T.T.*, 1998, p. 452.

<sup>98</sup> C.C., 1<sup>er</sup> mars 2012, n° 28/2012 ; C.C., 20 septembre 2012, n° 112/2012.

<sup>99</sup> Cass., 4 novembre 2016, *Pas.*, 2016, p. 2118.



élément de preuve non vicié, il renoncera à réclamer la cotisation de solidarité ; à défaut le juge devra constater la méconnaissance du droit au procès équitable.

#### CONCLUSION

En abandonnant le principe de la légalité des preuves, la Cour de cassation a renforcé les moyens d'établir la vérité et de lutter efficacement contre les infractions, la fraude fiscale, la fraude sociale, la fraude économique, etc. En contrepartie, elle a diminué la protection des droits fondamentaux. Même les principes généraux de bonne administration ne semblent pas empêcher que l'autorité administrative prenne en compte une preuve illicite pour adopter une décision. Les administrations disposent donc de plus de latitude qu'auparavant pour sanctionner la fraude et veiller à ce que l'État reçoive son dû ou ne dépense pas indument. De cet outil, les administrations ne doivent pas abuser car la jurisprudence *Antigone* n'est pas sans limite. La preuve entachée de l'un des vices énoncés par la Cour de cassation prive la décision administrative de soutien et expose celle-ci à une annulation ou une réformation par le pouvoir judiciaire.