

les délais de dépôt et communication des conclusions et pièces:

- le 8 mai 2017, pour les parties demanderesse;
- le 18 mai 2017, pour les parties défenderesses et défenderesses en intervention;
- fixons les plaidoiries consacrées à l’objet de la réouverture des débats à l’audience de la chambre des référés du 31 mai 2017, à 9h30 précises, pour 30 minutes;
- désignons, en qualité de mandataire *ad hoc*, maître Pierre-Emmanuel Cornil, avocat à 6110 Montigny-le-Tilleul, rue de Gozée, 137 B, lequel aura pour mission:
- de définir les modalités d’exercice de la gestion journalière et la répartition des tâches entre la SPRL Sunshine Factory et la SPRL Flyteam et de surveiller leur mise en œuvre;
- d’assister aux réunions du conseil d’administration, avec voix consultative, afin de veiller au respect par les parties de l’intérêt social;
- de convoquer, chaque fois que l’intérêt de la société l’exige, une réunion du conseil d’administration;
- d’examiner la gestion accomplie depuis le 1^{er} janvier 2015 jusqu’au 31 décembre 2016 et établir un rapport; dans ce cadre, examiner notamment les causes expliquant la diminution des résultats de la société;

– de tenter de concilier les parties et formuler toutes suggestions utiles à cet égard;

- sans préjudice à tout rapport verbal qu’il nous ferait de l’exécution de sa mission et des difficultés éventuelles qu’il aurait à l’exercer, dresser rapport écrit de sa mission en vue de l’audience du mercredi 31 mai 2017 à 9h00 heures précises;
 - fixons la durée de la mission jusqu’à cette date, sans préjudice de la faculté d’en ordonner le renouvellement et l’extension;
 - disons que l’état de frais et honoraires du mandataire *ad hoc* est provisoirement mis à charge de la SA Airspace;
 - réservons à statuer quant à la demande de suspension des décisions des conseils d’administrations des 14 et 16 février 2017, quant à la demande reconventionnelle ainsi que quant aux frais et dépens;
 - déboutons pour le surplus;
 - autorisons l’exécution provisoire de la présente ordonnance.
- Il a été fait application de la loi du 15 juin 1935 sur l’emploi des langues en matière judiciaire;
- (...)

Note

Antigone en matière civile: les incertitudes persistent

Nicolas Delwaide¹

1. INTRODUCTION

La décision annotée illustre de manière intéressante plusieurs questions épineuses de procédure civile auxquelles les praticiens en matières civile et commerciale sont régulièrement confrontés. Elle illustre notamment le dilemme auquel un demandeur, en quête de célérité, est confronté: tenter d’obtenir une mesure avant dire droit devant le juge du fond, au risque de voir sa demande s’enliser, ou privilégier la voie du référé, au risque de se faire débouter pour absence d’urgence². L’ordonnance commentée précise également la

condition de nouveauté pour une réouverture des débats en vertu de l’article 772 du Code judiciaire³.

En outre, l’ordonnance du président du tribunal de l’entreprise du Hainaut, division Charleroi, est également particulièrement intéressante en ce qu’elle tranche une question relative à l’admissibilité de preuves illégales. Cette question mérite les plus amples développements qui suivent.

¹ Avocat au barreau de Bruxelles.

² Voy. à ce sujet, H. BOULARBAH, « Les mesures avant dire droit à tout stade de la procédure », in H. BOULARBAH et Fr. GEORGES (dirs.), *Actualités en droit judiciaire*, vol. 122, C.U.P., Limal, Anthemis, 2010, n^{os} 37 et 38; X. TATON et N. DELWAIDE, « Les pièges des procédures accélérées et les moyens de les anticiper », in *Les pièges de la procédure civile et arbitrale dans la pratique*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 96.

³ Voy. à ce sujet, P. KNAEPEN, « La réouverture des débats », *J.T.*, 2016/28, n^o 6656, p. 491.

2. L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE ILLÉGALE: UN TEST EN DEUX ÉTAPES

Dans le cadre d'une procédure judiciaire, l'illégalité d'une preuve peut impacter son admissibilité par le juge. En d'autres termes, en présence d'une preuve illégale, la juridiction saisie, si elle conclut à l'irrecevabilité de la preuve, et donc à son écartement des débats, ne pourra pas fonder sa décision sur cette preuve. Toutefois, avant d'arriver à cette conclusion, le juge doit effectuer un test en deux étapes: la preuve produite devant lui est-elle illégale, et si oui, doit-elle être automatiquement sanctionnée d'un écartement?

2.1. L'existence d'une illégalité

Quant au premier test, la doctrine distingue généralement deux types de preuves illégales.

D'une part, les preuves peuvent avoir été constituées de manière illégale et sont dès lors illicites en soi. On cite généralement à cet égard le faux en écriture ou la production de correspondance protégée par le secret professionnel⁴ (bien qu'il pourrait être soutenu que cette preuve n'est pas en soi illégale mais que sa production alors que le secret n'a pas été levé est illégale).

D'autre part, la doctrine identifie également les preuves qui sont légales en soi mais qui ont été obtenues illégalement⁵. A la différence des preuves constituées illégalement, le détenteur légitime de la pièce obtenue illégalement peut valablement l'utiliser. On pense par exemple à un e-mail produit sans le consentement du destinataire ou encore à un e-mail que l'employeur copie sur l'ordinateur de son employé sans son consentement.

En d'autres termes, les preuves appartenant à la seconde catégorie consistent en des preuves dont l'obtention s'est réalisée par une violation de la loi. Celles-ci peuvent être variées et, le cas échéant, revêtir un caractère pénal. Ces violations risquent le plus souvent de porter atteinte à la protection de la vie privée, prise au sens large⁶. De nombreuses règles encadrent en effet celle-ci: le principe du respect de la vie privée en général (art. 8 de la convention européenne des droits de l'homme, art. 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 22 de la Constitution belge), les règles relatives au secret des correspondances (art. 29 de la Constitution belge et art. 314^{bis} C. pén.), la

convention collective de travail n° 68 du 16 juin 1998 relative à la protection de la vie privée à l'égard de la surveillance par caméra sur le lieu de travail, le règlement général sur la protection des données⁷ ou encore les restrictions reprises dans la loi sur les communications électroniques du 13 juin 2005 (art. 124).

L'article 124 de la loi sur les communications électroniques du 13 juin 2005 pourrait être cause de difficultés fréquentes en matières civile et commerciale. Il dispose ce qui suit:

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

- 1° prendre intentionnellement connaissance de l'existence d'une information de toute nature transmise par voie de communication électronique et qui ne lui est pas destinée personnellement;
- 2° identifier intentionnellement les personnes concernées par la transmission de l'information et son contenu;
- 3° sans préjudice de l'application des articles 122 et 123 prendre connaissance intentionnellement de données en matière de communications électroniques et relatives à une autre personne;
- 4° modifier, supprimer, révéler, stocker ou faire un usage quelconque de l'information, de l'identification ou des données obtenues intentionnellement ou non. »

En d'autres termes, cette disposition interdit de révéler ou de faire un usage quelconque d'un e-mail ou d'un message électronique (tel qu'un message Whatsapp p. ex.), sauf accord de toutes les parties directement ou indirectement concernées (soit le destinataire et les destinataires). Or, en matières civile et commerciale, et vu la digitalisation des correspondances, les parties prenantes tenteront bien souvent de rapporter la preuve d'un fait ou d'un acte par la production d'un e-mail ou d'un message électronique. En pratique, les parties à un procès se gardent bien souvent d'obtenir le consentement de l'ensemble des parties concernées avant de produire l'e-mail à l'appui de leurs prétentions. Une lecture stricte de l'article 124 de la loi du 13 juin 2005⁸ aurait dès lors pour conséquence qu'un bon nombre de pièces produites devant les juridictions civiles et commerciales seraient obtenues illégalement.

⁴ D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », in *La preuve en droit privé: quelques questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 129.

⁵ B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, « Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht », *R.W.*, 2002-2003, pp. 41 et s.; D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », *o.c.*, p. 129; B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour 'Antigoon' », *J.T.*, 2012/9, n° 6469, p. 166.

⁶ Sur l'équilibre entre le droit à la vie privée et le droit à la preuve, voy. S. PARSA, « Protection des données et droit de la preuve », *Pli jur.*, 2019, liv. 47, 19-24.

⁷ Règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive n° 95/46/CE (*J.O.U.E.*, L. 119, 4 mai 2016).

⁸ Voy. en ce sens, C. trav. Bruxelles (3^e ch.), 10 février 2004, *Chron. D.S.*, 2006, liv. 3, 141 (cette décision se fondait en l'espèce sur l'art. 109^{ter}, D, 3^o, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques); Comm. Turnhout, 26 mars 2010, *Jaarboek Marktpraktijken*, 2010, 668; Comm. Louvain, 9 décembre 2014, *VindplaatsJaarboek Marktpraktijken*, 2014, p. 747; *contra*, Anvers, 27 avril 2017, *VindplaatsJaarboek Marktpraktijken*, 2017, p. 353; Prés. Comm. Tongres, 26 septembre 2006, *Annuaire Pratiques du commerce & Concurrence 2006*, 607.

2.2. Le test Antigone

L'examen de la licéité de la preuve constitue la première étape du raisonnement de l'admissibilité de la preuve et deux scénarios peuvent être rencontrés.

Premièrement, le magistrat peut arriver à la conclusion que la preuve est licite. Dans ce cas, il n'existe pas de raison de l'écarter pour autant qu'elle rencontre les conditions requises pour la preuve du fait ou de l'acte que la personne entend démontrer (p. ex., s'il s'agit d'un acte sous seing privé pour la preuve d'un acte juridique d'une valeur supérieure à 375 EUR (ou 3.500 EUR à partir du 1^{er} novembre 2020⁹) conclu entre deux particuliers¹⁰).

A contrario, la preuve peut être considérée comme illégale au terme de la première étape de l'examen. Dans ce cas de figure, se pose la question de la sanction d'une telle irrégularité. En matière pénale, la solution a été apportée par la Cour de cassation dans un arrêt au sujet de l'affaire dite *Antigone* par lequel notre Cour suprême met fin à l'inadmissibilité de principe de la preuve illégale pour consacrer l'admissibilité de la preuve illégale, sous réserve de trois exceptions:

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

- soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité;
- soit lorsque l'irrégularité a entaché la fiabilité de la preuve;
- soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable. »¹¹.

L'enseignement de cet arrêt a été repris dans l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale par la loi du 24 octobre 2013¹², et a été validé par la Cour constitutionnelle¹³ et par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴. Bien que l'application des critères repris à l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale ne soit pas toujours aisée, le principe de l'admissibilité d'une preuve obtenue illégalement semble largement accepté en matière pénale.

A l'inverse, en matière civile (au sens large), la situation fait toujours débat. Saisie d'un pourvoi contre un arrêt ayant écarté un procès-verbal de police qui avait été transmis à l'ONEM sans l'autorisation du ministère public, la Cour de cassation a rendu un arrêt qui a apporté un élément de

réponse mais qui a suscité aussi rapidement de nouvelles interrogations:

« Sauf si la loi prévoit expressément le contraire, le juge peut examiner l'admissibilité d'une preuve illicitement recueillie à la lumière des articles 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14 du pacte international relatif aux droits civils et politiques en tenant compte de tous les éléments de la cause, y compris de la manière suivant laquelle la preuve a été recueillie et des circonstances dans lesquelles l'irrégularité a été commise.

Sauf en cas de **violation d'une formalité prescrite à peine de nullité**, la preuve illicitement recueillie ne peut être écartée que si son obtention est entachée d'un vice qui est **préjudiciable à sa crédibilité** ou qui porte **atteinte au droit à un procès équitable**. Le juge qui procède à cette appréciation peut notamment tenir compte d'une ou de plusieurs des **circonstances suivantes**: le caractère purement formel de l'irrégularité, sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée, la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement, la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité, le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction, le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction.

(...)

Les juges d'appel qui ont décidé par ces motifs que les éléments de preuve illicitement recueillis ne sont pas admissibles et ont refusé d'apprécier cette admissibilité à la lumière des critères ou circonstances précités, n'ont pas justifié légalement leur décision. »¹⁵.

Si cet arrêt de la Cour de cassation semble effectivement admettre que le juge civil prenne en compte des preuves illégales, pour autant qu'elles résistent au test *Antigone*, les questions qu'il suscite sont nombreuses. Elles peuvent être résumées comme suit:

- (i) Dans quelles matières civiles le test Antigone doit-il être appliqué?
- (ii) Quels sont les critères à prendre en compte pour l'application de ce test?
- (iii) Quelles sont les preuves illégales qui y sont soumises (et qui peuvent potentiellement être admises par le juge civil)?

⁹ Voy. art. 9 du Livre 8 du nouveau Code civil, entrant en vigueur le 1^{er} novembre 2020 (loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 8 « La preuve » (*M.B.*, 14 mai 2019)).

¹⁰ Art. 1341 C. civ.

¹¹ Cass., 14 octobre 2003, *N.J.W.*, 2003, p. 1367; *Pas.*, 2003, I, p. 1607.

¹² Loi du 24 octobre 2013 modifiant le Titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités (*M.B.*, 12 novembre 2013).

¹³ C.C., 22 décembre 2010, n° 158/2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 298.

¹⁴ Cour eur. D.H., 28 juillet 2009, *Lee Davies / Belgique*, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1928.

¹⁵ Cass., 20 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580.

Comme plus amplement décrit dans les sections ci-dessous, ces questions restent en grande partie ouvertes.

2.2.1. Intérêts publics ou intérêts privés?

Quant à la première interrogation, la terminologie pénale (« infraction », « autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite », ...) de cet arrêt saute immédiatement aux yeux et a d'emblée suscité le doute quant au champ d'application du test Antigone dans un contexte civil: l'admissibilité de la preuve obtenue illégalement est-elle limitée aux matières civiles touchant à l'ordre public ou s'étend-elle également aux litiges où seule la protection d'intérêts purement privés est recherchée? Dans la première hypothèse, les preuves illicites seraient donc automatiquement écartées dans les affaires où seuls des intérêts privés sont concernés.

Les auteurs ont majoritairement plaidé pour une application générale de l'arrêt du 20 mars 2008¹⁶. Les juges du fond ont rapidement emboîté le pas et ont adopté le test *Antigone*, sans considération pour la nature des intérêts en jeu¹⁷.

Toutefois, plusieurs juridictions de fond semblent revenir en arrière et limiter l'application du test *Antigone* à des cas où des intérêts d'ordre public sont menacés¹⁸. Cette tendance pourrait encore s'accroître sous l'effet de la position sévère de la Cour de justice de l'Union européenne qui exclut, dans l'arrêt *WML*¹⁹, l'utilisation en matière fiscale de preuves recueillies en violation des droits garantis par le droit de l'Union.

La réponse à la première interrogation suscitée par l'arrêt du 20 mars 2008 de la Cour de cassation n'est pas donc pas définitivement tranchée. Il faudra sans doute attendre que la Cour de cassation soit amenée à se prononcer une nouvelle fois sur la question pour obtenir des éclaircissements.

2.2.2. Critères d'appréciation

Si le juge décide de faire application du test *Antigone*, les critères qu'il doit prendre en compte (le non-respect de formes prescrites à peine de nullité, l'absence de fiabilité de la preuve et l'atteinte au principe du procès équitable) semblent peu adaptés à un contexte de litige civil.

Premièrement, il existe, en procédure civile, très peu de formalités probatoires dont la violation est prescrite à peine de nullité. De même, les violations au principe du respect de la vie privée n'ont généralement pas comme conséquence la nullité de l'acte. Si ce critère peut éventuellement se comprendre dans un contexte pénal, puisque les formalités frappées de nullité sont plus nombreuses (pensons p. ex. aux formalités en matière de témoignage anonyme²⁰, d'écoutes téléphoniques²¹ ou de prestation de serment des témoins²²), l'exigence selon laquelle la formalité ne doit pas être sanctionnée de nullité semble par contre dépourvue de sens, ou à tout le moins d'utilité, dans un contexte civil.

Deuxièmement, le critère du respect du procès équitable semble particulièrement flou²³ et il est difficile d'établir concrètement les cas dans lesquels la production d'une preuve recueillie illicitement porterait atteinte au procès équitable.

Enfin, l'appréciation de la fiabilité de la preuve est un critère certes plus aisé à manier, mais qui n'est pas spécifique à la preuve recueillie illégalement, puisqu'il ressort également de l'examen de la valeur probante de la pièce: sauf si elle jouit d'une force probante particulière, une preuve non fiable ne sera pas prise en considération par le juge, qu'elle soit illégale ou non²⁴.

Les circonstances énumérées par la Cour de cassation peuvent également aider le juge dans son appréciation de l'admissibilité de la preuve illégale²⁵. Pour rappel, la Cour de

16. F. KEFER, « L'admissibilité de la preuve en droit civil et en droit pénal », *R.D.S.*, 2013, pp. 207 et s.; R. DE BAERDEMAEKER, « Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie: quand la fin justifie les moyens ... », *J.L.M.B.*, 2009, p. 585; I. VERHELST et N. THOELLEN, « Over privacy, contrôle en (on)rechtmatig verkregen bewijs », *Ors*, 2008, p. 207; B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour 'Antigoon' », *J.T.*, 2012/9, n° 6469, n° 22.

17. Voy. p. ex., Trib. trav. Audenarde, 3 février 2009, *Chron. D.S.*, 2010, p. 396; Mons, 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 296; Gand, 18 mars 2010, *Rev. dr. santé*, 2010-2011, p. 398; Gand, 7 novembre 2013, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 356; C. trav. Bruxelles, 7 janvier 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 166.

18. C. trav. Bruxelles, 7 février 2013, *J.T.*, 2013, p. 263, note D. MOUGENOT; C. trav. Bruxelles, 4 août 2016, *J.T.T.*, 2016, p. 390; C. trav. Liège, 6 février 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 298.

19. C.J.U.E., 17 décembre 2015, C-419/14, *WebMindLicenses Kft. / Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Foigazgatóság*, *J.T.*, 2016, p. 401, note F. KONING. Dans cet arrêt, la Cour de justice décide qu': « il ne s'oppose pas à ce que, aux fins de l'application des articles 4, 3, TUE, 325 TFUE, 2, 250, 1. et 273 de la directive TVA, l'administration fiscale puisse, afin d'établir l'existence d'une pratique abusive en matière de TVA, utiliser des preuves obtenues dans le cadre d'une procédure pénale parallèle non encore clôturée, à l'insu de l'assujetti, au moyen, p. ex., d'interceptions de télécommunications et de saisies de courriers électroniques, à condition que l'obtention de ces preuves dans le cadre de ladite procédure pénale et l'utilisation de celles-ci dans le cadre de la procédure administrative ne violent pas les droits garantis par le droit de l'Union » (§ 90). Toutefois, la transposition de cet enseignement en matière civile n'est ni automatique, ni évidente (voy. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », *o.c.*, pp. 165 et s.).

20. Art. 86bis, § 4 et 86ter, al. 1^{er}, C.i. cr.

21. Art. 90quater, § 1, al. 2, C.i. cr.

22. Art. 155 et 295 C.i. cr.

23. Comme le note D. MOUGENOT, à partir du moment où les pièces sont soumises à la contradiction, on n'aperçoit pas ce que ce critère recouvre exactement. Voy. D. MOUGENOT, « Antigone chez le juge de paix », *T. Vred./J.J.P.*, 2018, 11-12, p. 580; A. MASSET, « Le régime des nullités en procédure pénale », in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Collection C.U.P., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 106.

24. D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », *o.c.*, p. 150; B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour 'Antigoon' », *J.T.*, 2012/9, n° 6469, p. 167.

25. La Cour de cassation, dans son arrêt du 20 mars 2008, précise en effet que le juge civil doit apprécier l'« admissibilité à la lumière des critères ou circonstances ».

cassation a énuméré les circonstances suivantes:

« le caractère purement formel de l'irrégularité, sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée, la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement, la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité, le fait que la preuve illicitement recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction, le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction »²⁶.

Ici encore, ces circonstances portent une connotation pénale qui les rend difficilement applicables en tant que telles dans un contexte civil ou commercial. Toutefois, ces critères, une fois correctement reformulés (p. ex. en substituant le terme « infraction » par le terme « manquement »)²⁷, peuvent guider le juge civil dans l'application du test *Antigone*. Comme le note Dominique MOUGENOT, une reformulation et une interprétation de ces critères dans le cadre d'un litige civil amènent le juge à comparer la gravité des manquements (celui qui a été commis par celui qui produit la preuve illégale et celui qu'on cherche à prouver)²⁸ voire à mettre en balance les intérêts en présence: le droit à la preuve du demandeur et le droit du défendeur au respect de ses droits fondamentaux²⁹.

3. ANALYSE DE L'ORDONNANCE DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE L'ENTREPRISE DU HAINAUT, DIVISION CHARLEROI

La décision commentée est particulièrement intéressante car elle illustre les deux étapes du raisonnement précité et met en évidence les difficultés auxquelles les juges civils sont confrontés dans l'application du test *Antigone*.

L'affaire dont avait à connaître le président du tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Charleroi, est un litige entre actionnaires dans lequel un des actionnaires et administrateurs d'une société anonyme cherchait à obtenir, en référé, (i) la suspension de plusieurs décisions du conseil d'administration et de l'assemblée générale extraordinaire de la société et (ii) la désignation d'un mandataire pour la société. Seuls des intérêts privés étaient donc concernés par ce conflit.

Dans ce contexte, les demandeurs avaient déposé, à l'appui de leurs conclusions, deux e-mails pour tenter d'emporter la

Cela étant, le flou qui entoure les critères devant guider le juge dans l'application du test *Antigone* est, plus de 10 ans après l'arrêt de la Cour de cassation, toujours bien présent et reste source d'incertitude pour les justiciables.

2.2.3. Quelles sont les preuves illégales soumises au test *Antigone*?

Enfin, une troisième question peut également être soulevée: le test *Antigone* peut-il être appliqué à la preuve illégale en soi, ou doit-il être limité aux preuves recueillies illégalement (auquel cas la preuve illégale en soi serait automatiquement écartée des débats)?

Une partie de la doctrine plaide pour une application sans distinction du test *Antigone*³⁰. L'arrêt de la Cour de cassation vise pourtant uniquement la « preuve illicitement recueillie ». La Cour de travail de Bruxelles, se fondant sur la terminologie de la Cour de cassation, a décidé d'écarter d'emblée les preuves illégales par nature, considérant que le test *Antigone* ne devrait être appliqué qu'en présence de preuves légales mais recueillies illégalement³¹.

La question de l'application du test *Antigone* aux preuves illicites en soi reste également ouverte. Cela étant, il convient de ne pas exagérer la portée de cette distinction, d'origine doctrinale, dans la mesure où il n'est pas toujours évident de faire la différence entre une preuve illégale en soi et une preuve obtenue illégalement (voy. *supra*, 2.1.).

conviction du président du tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Charleroi. L'ordonnance ne précise pas les faits dont les demandeurs cherchaient à rapporter la preuve par le dépôt de ces pièces.

Les défendeurs sollicitaient l'écartement de ces pièces en raison de leur illégalité.

Le président du tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Charleroi, a procédé en deux étapes, conformément aux principes rappelés ci-dessus.

Il s'est premièrement livré à une analyse des preuves dont l'illégalité est invoquée. Dans ce cadre, après avoir rappelé la distinction théorique entre preuves illégales en soi et preuves obtenues illégalement, le président a concrètement analysé les pièces contestées.

²⁶ Cass., 20 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580.

²⁷ Voy. à cet égard la contribution de D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », *o.c.*, pp. 153 et s.

²⁸ D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », *o.c.*, p. 156.

²⁹ D. MOUGENOT, « Antigone au milieu du gué », *o.c.*, pp. 157 et s.

³⁰ B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, « Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour 'Antigoon' », *J.T.*, 2012/9, n° 6469, p. 166.

³¹ C. trav. Bruxelles, 12 juin 2015, *J.T.T.*, 2015, p. 364; Voy. égal., en doctrine, F. BLOCKX, « Kan informatie verkregen door een schending van het beroepsgeheim worden 'witgewassen' dankzij de Antigoon-leer », *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 360, n° 8.

En l'espèce, les pièces déposées par les demandeurs et dont les défendeurs cherchaient à obtenir l'écartement consistaient d'une part (i) en un e-mail d'un défendeur copié depuis son adresse privée, et (ii) en un autre e-mail entre le même défendeur et son avocat, accompagné d'un projet confidentiel de convention, également copié depuis son adresse e-mail privée.

Le président du tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Charleroi, en vient logiquement à la conclusion que les deux pièces sont illégales car elles ont été obtenues en violation de l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

L'ordonnance aurait même pu aller plus loin en ce qui concerne la seconde pièce litigieuse, couverte par le secret professionnel, et retenir que cette dernière constitue une preuve illégale en soi.

Le président passe dès lors à la seconde étape du raisonnement et se pose la question de la sanction de ces deux preuves illégales. Ceci peut laisser penser que le président considère que toutes les preuves illégales doivent être soumises au test d'*Antigone*, puisqu'il ne limite pas ce test à l'e-mail non protégé par le secret professionnel.

Alors que l'affaire dont il était saisi ne concernait que des intérêts privés, le président souligne que l'application de la jurisprudence *Antigone* lorsque seuls des intérêts privés sont concernés fait l'objet de débats. Après avoir rappelé que la doctrine majoritaire plaide pour une application générale de cette jurisprudence, sans avoir égard aux intérêts en jeu, le président précise que « *l'extension sans limite de cette jurisprudence aux relations contractuelles de pur droit privé n'est pas souhaitable, en ce qu'elle risquerait d'aboutir à une transgression systématique des dispositions sanctionnées pénalement qui protègent la vie privée, dans le seul but d'établir des fautes ou des comportements qui ne relèvent pas de la sphère pénale* ».

Toutefois, il précise que cette préoccupation peut être rencontrée par l'application des critères complémentaires (les « *circonstances* ») énoncées par la Cour de cassation. En d'autres termes, il semblerait que, sur le plan des principes, le président du tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Charleroi, retienne une application générale du test *Antigone*, mais que le caractère purement privé des intérêts en jeu interviendrait au niveau de l'appréciation des critères d'admissibilité ou non des preuves illégales.

Cette solution a du sens. Autant le caractère privé des intérêts en jeu ne devrait pas justifier le rejet automatique des preuves illégales (notamment lorsque l'illégalité commise est relativement mineure), autant il pourrait justifier une application plus sévère des critères d'appréciation. C'est également le point de vue partagé par une partie de la doctrine³².

Enfin, l'ordonnance précise qu'en matière civile, le véritable test ne se trouve probablement pas dans les critères de nullité, de fiabilité ou de procès équitable, mais que le juge est « *invité à examiner si le droit d'une partie de présenter au tribunal des preuves recueillies de manière illégale doit ou non l'emporter sur le droit de son adversaire au respect de ses droits fondamentaux* ». En d'autres termes, le critère principal, lorsque des intérêts privés sont en jeu et que la violation à la loi a trait au respect de la vie privée de la partie adverse, serait celui d'une balance entre le droit à la preuve d'une part et le droit à la vie privée d'autre part.

A cet égard, cette décision a le mérite de proposer un critère bien plus approprié aux litiges civils que ceux identifiés par la Cour de cassation en 2008. Ce critère se rapproche du test que les juridictions françaises effectuent pour juger de l'admissibilité d'une preuve recueillie illégalement: la chambre commerciale de la Cour de cassation française admet en effet la production d'une preuve qui porte atteinte à la vie privée de la partie adverse si l'atteinte est justifiée par la protection des droits de la défense de la personne qui entend produire cette preuve illégale³³.

En conclusion, sur le plan des principes, le président du tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Charleroi, est souple: l'ensemble des preuves illégales (qu'elles soient illégales en soi ou simplement recueillies illégalement) peuvent être soumises au test *Antigone* en matière (purement) civile.

Toutefois, le président fait preuve de plus de fermeté dans l'application de ces principes. Dans son appréciation de la balance des intérêts, le tribunal retient que la commission d'une infraction pénale pour obtenir une preuve n'est pas proportionnée si la faute qu'on entend démontrer n'est pas elle-même constitutive d'une infraction pénalement sanctionnée. En d'autres termes, si la nature des intérêts dont la protection est recherchée n'est pas déterminante sur le plan des principes, le président du tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Charleroi, prend néanmoins ce critère en compte dans son application du test *Antigone*. Ce critère semble déterminant pour le président, puisqu'il n'a pas été jusqu'à analyser l'impact de l'écartement des pièces sur le droit à la preuve de la partie demanderesse.

Il nous semble que le critère de la balance des intérêts pourrait être appliqué d'une manière différente, en analysant concrètement si la violation des règles protégeant la vie privée pouvait être justifiée par le droit à la preuve des parties demandereses, ou si au contraire ce droit aurait pu être satisfait par des moyens plus respectueux de la vie privée des parties défenderesses. Notons toutefois qu'en l'espèce, l'application de ce critère aurait mené à la même conclusion et à l'écartement des pièces illégales.

³². D. MOUGENOT, « *Antigone au milieu du gué* », *o.c.*, p. 157.

³³. Cass. com. (fr.), 15 mai 2007, *D.*, 2007, p. 2775.

4. CONCLUSION

Plus de 10 ans après que la Cour de cassation se soit prononcée sur l'admissibilité des preuves illégales en matière civile, les questions restent nombreuses et sont sources d'incertitudes pour les justiciables. Le jugement annoté a le mérite de tenter d'apporter des réponses à ces questions mais

démontre également la difficulté que rencontrent les juges lors de l'examen de l'admissibilité des preuves illégales. On ne peut que souhaiter que la Cour de cassation soit amenée à se prononcer à nouveau sur ce point, et qu'elle clarifie sa position.