

# Points à prendre en compte lors d'une enquête interne

**Jan HOFKENS**

*Avocat Lydian*

**Yves LENDERS**

*Avocat Lydian*

**Tim VAN LANDEGHEM**

*Avocat Lydian*

**Sarah WITVROUW**

*Avocat Lydian*

## TABLE DES MATIÈRES

|      |  |    |
|------|--|----|
| 1.   | Démarrage de l'enquête   | 2  |
| 1.1. | Signalement et opportunité d'une enquête interne   | 2  |
| 1.2. | Identification de l'infraction présumée et des faits à examiner                                | 2  |
| 1.3. | Délais pertinents  | 3  |
| 1.4. | Composition de l'équipe d'enquête  | 3  |
| 1.5. | Que faut-il prouver ?  | 4  |
| 2.   | Collecte d'éléments de preuve  | 6  |
| 2.1. | Droit à la vie privée du collaborateur   | 6  |
| 2.2. | Erreurs lors de la collecte de preuves : preuves devenues inutiles ?                           | 7  |
| 2.3. | Aperçu des actes d'enquête   | 8  |
| 3.   | Finalisation de l'enquête  | 23 |
| 3.1. | Rapport détaillé   | 23 |
| 3.2. | Droit au contradictoire  | 24 |
| 3.3. | Valeur probante  | 24 |
| 3.4. | Régime de la charge de la preuve applicable  | 25 |
| 3.5. | Qui assume la charge de la preuve (et le risque de la preuve) ?                                | 25 |
| 4.   | La valeur probante d'un rapport d'enquête unilatéral rédigé par les enquêteurs                 | 26 |
| 4.1. | Définitions  | 26 |
| 4.2. | Comparaison avec un rapport d'expertise judiciaire   | 26 |
| 4.3. | Valeur probante : le rapport d'expertise unilatéral en tant que (possible) présomption de fait | 27 |
| 4.4. | Éléments pertinents lors de l'évaluation de la valeur probante du rapport d'enquête unilatéral | 28 |
| 4.5. | Publication des résultats et actions après l'enquête   | 30 |
| 5.   | Conclusion   | 30 |

1. Les entreprises sont de plus en plus confrontées à la fraude interne : irrégularités commises par des travailleurs internes ou des prestataires de services indépendants, ou du moins avec leur complicité. En cas de suspicions de violations, l'entreprise doit pouvoir y donner une suite adéquate. Une enquête interne doit être menée au préalable pour examiner la violation présumée et constater finalement s'il est question de violation et par qui celle-ci a été commise.

Dans cet article, nous vous dressons le tableau d'une enquête interne, étape par étape. Dans un premier temps, nous passons au crible le démarrage de l'enquête (qui fait partie de l'équipe d'enquête ? Quelles sont les preuves à apporter ? etc.). Ensuite, nous parcourons les différentes méthodes d'investigation (surveillance par caméras, contrôle de l'utilisation des e-mails, etc.) et la valeur probante de l'enquête. Enfin, nous nous intéressons en détail aux pitfalls (embûches) qui se présentent lors de la finalisation de l'enquête (le droit au contradictoire, l'enregistrement du rapport d'enquête, etc.).

## 1. Démarrage de l'enquête

### 1.1. Signalement et opportunité d'une enquête interne

2. Une enquête interne est précédée du signalement d'une infraction présumée. Celle-ci peut être rapportée par le biais de divers canaux, tels que le service RH, le service de prévention (interne ou externe) ou le canal des lanceurs d'alerte.

3. En fonction de la complexité du signalement et de l'infraction présumée sous-jacente, une entreprise devra mener une enquête interne sur les faits et le degré de gravité d'une violation. Il est en effet indispensable d'avoir une idée claire et fiable des faits pour permettre à l'entreprise d'entreprendre des actions, qu'il s'agisse ou non de sanctions.

### 1.2. Identification de l'infraction présumée et des faits à examiner

4. Dans un premier temps, celui qui reçoit le signalement décortiquera la notification et vérifiera les faits auxquels l'infraction présumée se rapporte, quelles



sont les personnes impliquées et où réside un éventuel conflit d'intérêts avec certaines personnes qui devront être écartées de l'enquête.

Ceci est indispensable pour délimiter correctement les faits à examiner afin de mener une enquête de qualité et de collecter les données nécessaires à la lumière de l'infraction présumée.

### 1.3. Délais pertinents

**5.** À la réception du signalement et lors de l'enquête ultérieure, il importe d'être conscient des éventuels délais applicables pour la prise d'actions.

**6.** Si des travailleurs sont mêlés à l'enquête et que les faits à examiner peuvent être qualifiés d'infraction grave au point de justifier un licenciement pour motif grave, il doit être tenu compte du délai légal de trois jours ouvrables pour donner le congé pour motif grave<sup>1</sup>. Ce délai commence à courir à partir du moment où la personne compétente en matière de licenciement ou l'organe de la société compétent a eu une connaissance suffisante de l'infraction commise<sup>2</sup>. La jurisprudence et la doctrine acceptent que cela puisse être précédé d'une enquête, mais la durée de celle-ci doit être raisonnablement limitée.

De même, si les faits sont d'une nature moins grave, mais que l'employeur souhaite tout de même donner un avertissement ou une autre sanction disciplinaire prévue dans le règlement de travail à un travailleur, certains délais doivent être respectés. Ces sanctions doivent être portées à la connaissance du travailleur au plus tard le premier jour ouvrable qui suit le constat du manquement<sup>3</sup>. Ce délai commence aussi au moment de la prise de connaissance suffisante des faits et peut donc être précédé d'une enquête minutieuse et non dilatoire. Autrement dit, cette enquête interne doit être limitée dans le temps et être menée avec diligence.

**7.** Si des prestataires de services indépendants sont mêlés à l'enquête, le contrat a force de loi. Si des délais contractuels ont été convenus pour la cessation de la collaboration ou pour la prise de mesures disciplinaires, ces délais s'appliqueront.

**8.** En ce qui concerne les agents commerciaux, le contrat peut être résilié sans préavis ou avant l'expiration du délai contractuel dans des circonstances exceptionnelles, moyennant le respect d'un délai de sept jours ouvrables. La cessation du contrat n'est considérée comme formellement valable que si les

circonstances exceptionnelles ou les manquements graves sont portés à la connaissance du travailleur par exploit d'huissier de justice ou par lettre recommandée dans les sept jours ouvrables qui suivent la cessation<sup>4</sup>.

La durée raisonnable de l'enquête dépendra bien sûr de l'ampleur et de la complexité des faits à examiner (par exemple le nombre de personnes à interroger, la nécessité d'une analyse technique, l'implication d'experts externes, l'enquête sur différentes entités ou différents pays). Mais les enquêteurs doivent toujours veiller à ce que la durée de l'enquête puisse être justifiée à la lumière des actes d'enquête posés et éviter d'allonger vainement l'enquête sans actes d'enquête complémentaires utiles. Sans quoi, une discussion pourrait survenir ultérieurement devant un tribunal à propos de la validité, de la valeur probante et dans certains cas, du respect des conditions de forme d'un licenciement pour motif grave et d'une cessation de la collaboration avec un agent commercial pour circonstances exceptionnelles ou manquements graves.

Il est dès lors recommandé de reprendre dans le rapport d'enquête une chronologie détaillée des actes d'investigation posés et d'expliquer pourquoi aucun acte d'investigation n'a pu être posé pendant certaines périodes. Par souci d'exhaustivité, il peut encore être ajouté qu'après l'enquête, une confrontation personnelle de l'intéressé aux résultats de l'enquête est autorisée avant de pouvoir parler d'une connaissance suffisante des faits<sup>5</sup>.

### 1.4. Composition de l'équipe d'enquête

**9.** Tout en gardant à l'esprit les délais pour l'enquête interne et les faits à examiner, le bénéficiaire du signalement désigne un enquêteur.

Cet enquêteur désigne éventuellement d'autres personnes pour l'assister pendant l'enquête interne et les actes d'enquête à poser. Il est toutefois préférable de limiter le nombre de personnes impliquées dans l'enquête. Il est effectivement primordial que les informations diffusées pendant l'enquête soient traitées de manière confidentielle. De plus, l'enquêteur doit veiller à ce qu'aucune personne ayant un conflit d'intérêts ne participe à l'enquête.

**10.** Par ailleurs, à ce stade, l'enquêteur n'implique pas (encore) la (les) personne(s) compétente(s) pour décider des sanctions ultérieures possibles (sanction disciplinaire, licenciement pour motif grave, ...) dans l'enquête.

1. Art. 35 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978 (ci-après loi relative aux contrats de travail).

2. Cass., 11 janvier 1993, *J.T.T.*, 1993, 58 ; Trib. trav. Liège, 4 septembre 1987, *Chr. D.S.*, 1990, 94 ; C. ENGELS et Y. VAN DER SYPE, *Ontslag wegens dringende reden*, Malines, Wolters Kluwer, 2015, 23.

3. Art. 17 de la loi instituant les règlements de travail, *M.B.*, 5 mai 1965 (ci-après loi instituant les règlements de travail).

4. Art. X.17 Code du droit économique (ci-après CDE).

5. Cass., 14 octobre 1996, *J.T.T.*, 1996, 500 ; C. ENGELS et Y. VAN DER SYPE, *Ontslag wegens dringende reden*, Malines, Wolters Kluwer, 2015, 27.



Le risque existe en effet que cette personne soit présumée avoir acquis au cours de l'enquête suffisamment de connaissances quant aux faits, de sorte que les délais d'imposition d'une sanction seraient déjà en train de courir (voir *supra*, n° 5).

Pour éviter cela et réserver la place et le temps nécessaire à l'enquête, mieux vaut laisser les parties compétentes en matière de licenciement et autre(s) personne(s) compétente(s) pour décider des sanctions en dehors de l'équipe d'enquête.

## 1.5. Que faut-il prouver ?

**11.** Toute enquête interne sera menée d'une autre manière en fonction des faits à examiner et des conséquences possibles de l'infraction présumée.

### 1.5.1. Cessation éventuelle de la collaboration

**12.** Lorsqu'une entreprise est victime d'infractions, elle peut en premier lieu envisager de rompre la collaboration avec les personnes impliquées et dans ce cadre, mener au préalable une enquête interne. À cet égard, l'entreprise doit non seulement tenir compte des délais contraignants (éventuellement) applicables pour prendre une telle décision, mais aussi de la question de savoir si les faits constatés sont suffisamment graves au point de rompre le contrat. Cette analyse variera en fonction du statut social du collaborateur concerné.

**13.** Si l'intéressé est un travailleur salarié et que l'on ne veut pas payer d'indemnité de préavis ni observer un délai de préavis, l'entreprise devra vérifier s'il est question d'un « motif grave » au sens de l'article 35 de la loi relative aux contrats de travail. L'existence d'un tel motif grave (c'est-à-dire un fait juridique) peut être prouvée par tous moyens de droit (témoignages, présomptions, etc.)<sup>6</sup>.

En vertu de l'article 35, le terme « motif grave » désigne *le manquement grave qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur*. Comme le confirment la jurisprudence et la doctrine, un manquement fautif en soi est insuffisant<sup>7</sup>. Le manquement doit être suffisamment grave. Enfin, aucune intention n'est requise pour un licenciement pour motif grave. Néanmoins, il doit bien être question d'une faute délibérée « témoignant d'une négligence proche de l'intention ou d'un manque total de sens

des responsabilités, au point que toute confiance ultérieure devient impossible »<sup>8</sup>.

S'il n'est pas question d'un motif grave, l'entreprise peut encore mettre fin à la collaboration, moyennant le respect d'un délai de préavis ou le paiement d'une indemnité (de préavis)<sup>9</sup>. Un tel licenciement doit cependant reposer sur des motifs qui ont un lien avec l'aptitude ou le comportement du travailleur ou qui sont fondés sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, et qui aurait également été décidé par tout autre employeur raisonnable. Sinon, l'employeur risque une indemnité supplémentaire en sus du délai/de l'indemnité de préavis qu'il doit déjà respecter, égale à 3 à 17 semaines de salaire<sup>10</sup>. Il va de soi que l'employeur doit procéder au licenciement d'un travailleur de manière non discriminatoire également, tout en observant les procédures légales/sectorielles éventuellement prescrites, sous peine d'indemnités supplémentaires.

**14.** Si l'intéressé est un prestataire de services indépendant, l'entreprise devra vérifier si les faits constatés sont qualifiés de manquement contractuel grave de la part de l'intéressé pour qu'il puisse être mis fin à la collaboration sans paiement d'une indemnité quelconque. La notion de « manquement grave » peut être détaillée de manière plus spécifique dans le contrat (par exemple exigence d'une condamnation pénale ou d'un renvoi devant le tribunal correctionnel en cas de fraude).

### 1.5.2. Recours pour les dommages éventuellement subis

**15.** Si l'entreprise a également subi un préjudice à la suite des infractions, elle peut obtenir réparation de celui-ci auprès des éventuelles personnes impliquées via une action civile en indemnisation (soit par le biais des tribunaux pénaux, soit par le biais des tribunaux civils). Une telle action doit être distinguée de l'action pénale qui (en principe) est uniquement intentée par le Parquet, lequel vise une condamnation pénale (qui ne sera pas commentée plus en détail dans le présent article). L'absence d'une action civile devant le juge pénal n'empêche pas la partie lésée de réclamer réparation devant le juge civil<sup>11</sup>.

**16.** Le droit de la responsabilité belge part du principe que quiconque occasionne un dommage à autrui est tenu à l'indemnisation intégrale de celui-ci<sup>12</sup>. Un collaborateur qui dérobe des actifs de l'entreprise sera

6. Art. 12 de la loi relative aux contrats de travail ; Cass., 13 octobre 1986, *Arr. Cass.*, 1986-87, n° 81, 177.

7. I. VAN DEN POEL, A. VAN EECKHOUTTE, A. HEYNDRICKX *et al.*, « Arbeidsrechtelijke wijzen van beëindiging. Ontslag wegens dringende reden », *T.P.R.*, 2014, fasc. 1, 383.

8. C. trav. Gand, 25 avril 2005, *Chr. D.S.*, 2007, fasc. 1, 21 ; I. VAN DEN POEL, A. VAN EECKHOUTTE, A. HEYNDRICKX *et al.*, « Arbeidsrechtelijke wijzen van beëindiging. Ontslag wegens dringende reden », *T.P.R.*, 2014, fasc. 1, 384.

9. Art. 37-40 de la loi relative aux contrats de travail.

10. Art. 8-9 de la CCT n° 109 du 12 février 2014, conclue au Conseil national du travail, relatif à la motivation du licenciement.

11. Cass., 4 février 2022, *T.B.B.R.*, 2023, fasc. 6, 289.

12. Voir art. 5.237 du Code civil pour la responsabilité contractuelle et art. 1382 de l'ancien Code civil pour la responsabilité extracontractuelle.



en principe tenu contractuellement à réparer les dommages qui en découlent. En principe, les limitations de responsabilité contractuelle ou légale doivent être prises en compte lors de la poursuite d'une demande en indemnité.

Une entreprise peut cependant également tenter une action en responsabilité extracontractuelle dans le cas où le manquement contractuel ou manquement grave constitue un délit punissable par la loi pénale<sup>13</sup>. Dans ce cas, les limitations de responsabilité précitées ne s'appliquent pas.

**17.** Un délit présuppose que tous les éléments constitutifs prescrits par la loi sont remplis et comporte à la fois un élément matériel (l'acte ou l'événement proprement dit) et un élément moral (l'imputabilité). En effet, une personne qui, par exemple, dérobe des biens d'une entreprise commet automatiquement aussi le délit de vol. Une intention déterminée (ou négligence) doit toujours être présente lors de délits, et il ne peut être question de motifs d'exclusion de culpabilité (contrainte...) ou de justifications (situation d'urgence...). La seule preuve de la simple soustraction des biens de l'entreprise est donc en principe insuffisante pour fonder avec succès une action civile sur un délit pénal. Il est dès lors important de pouvoir mettre en évidence la situation dans sa globalité lors d'une enquête interne.

Si, dans des affaires civiles, on introduit une action en responsabilité fondée sur un délit, l'entreprise doit prouver que (1) les éléments constitutifs de ce délit sont avérés, (2) que cela peut être imputé à la partie adverse et (3) prouver que si la partie adverse avance une justification, ce motif n'existe pas (dans la mesure où une quelconque crédibilité peut être accordée à cette allégation)<sup>14</sup>. Le cas échéant, les règles en matière de preuve dans les affaires pénales sont ici d'application<sup>15</sup>. La preuve des faits litigieux est libre dans ce cas et peut être fournie par tous moyens de droit, bien que la charge de la preuve soit plus élevée pour la partie lésée (c'est-à-dire preuve à la fois du délit et de la culpabilité).

Si les faits ne devaient pas être qualifiés de délit, l'entreprise peut encore viser une indemnisation du chef d'une défaillance contractuelle ou d'un manquement.

**18.** Pour les prestataires indépendants, leur contrat de service contiendra peut-être des exclusions ou limitations de responsabilité contractuelle.

Quoi qu'il en soit, de telles clauses d'exonération seront réputées non écrites si elles excluent la responsabilité (1) de la propre faute intentionnelle du collaborateur (ou de la personne dont ce dernier doit répondre) ainsi que (2) de la faute qui porte atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne. En principe, une entreprise ne sera donc pas entravée par une clause d'exonération contractuelle quelconque dans le cas où un travailleur se rend coupable d'infractions (ce qui présuppose toujours une composante intentionnelle, bien que non définie par la loi).

Ensuite, des limitations de responsabilité contractuelle peuvent être pertinentes si le collaborateur concerné n'était pas lui-même la figure centrale de la fraude et a simplement été instrumentalisé pour réaliser la fraude (et qu'aucune faute intentionnelle ne peut lui être reprochée). Cela présuppose alors qu'il n'est pas coupable d'un délit (étant donné que le contrat peut, le cas échéant, être annulé).

**19.** Pour les travailleurs, une limitation de responsabilité légale s'applique (en principe). L'article 18 de la loi relative aux contrats de travail dispose que lorsque le travailleur cause un préjudice à l'employeur ou à des tiers lors de l'exécution de son contrat de travail, le travailleur est seul responsable de son dol, de sa faute lourde et de sa faute légère habituelle<sup>16</sup>.

Notez que par souci d'exhaustivité, la faute lourde citée à l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail est à distinguer du manquement grave cité à l'article 35 de cette même loi et ne coïncide donc pas avec cette notion<sup>17</sup>. La faute lourde relevant de l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail présuppose en effet en plus une faute inexcusable. Il est donc tout à fait concevable qu'un travailleur puisse être légitimement licencié pour motif grave, alors que l'entreprise ne peut tenir ce même travailleur pour responsable des dommages occasionnés.

La responsabilité limitée précitée du travailleur en vertu de l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail ne s'applique cependant pas lorsque celui-ci commet un délit. Si les faits devaient donc être qualifiés de délit (ou d'intention ou de faute grave), le travailleur sera tenu à l'indemnisation de tous les dommages qui en découlent.

**20.** Si l'entreprise veut réclamer à l'intéressé les dommages qu'elle a subis, elle doit, outre le délit ou la faute, apporter aussi la preuve de (1) son préjudice (y compris l'estimation de celui-ci), et (2) la relation de

13. A. MONDY, « Samenloop van burgerrechtelijke aansprakelijkheidsregimes : een queeste voor billijkheid en rechtvaardigheid », *Jura Falc.*, 2015-2016, n° 4, 745.

14. Cass., 7 septembre 2018, *R.W.*, 2018-2019, n° 38, 1 ; Cass., 11 juin 2010, *Arr. Cass.*, 2010, fasc. 6-7-8, 1761.

15. Art. 876 C. jud. ; B. CATTOIR, *Nieuw burgerlijk bewijsrecht*, Wolters Kluwer, Malines, 2020, n° 6, p. 5.

16. Voir aussi H. VAN ROOY, « La responsabilité limitée du travailleur », *L'Indicateur social*, 2022, fasc. 17, 13.

17. C. trav. Bruxelles, 22 novembre 2005, *J.T.T.*, 2006, fasc. 947 ; I. VAN DEN POEL, A. VAN EECKHOUTTE, A. HEYNDRIKX *et al.*, « Arbeidsrechtelijke wijzen van beëindiging. Ontslag wegens dringende reden », *T.P.R.*, 2014, fasc. 1, 384.





causalité entre le délit/la faute d'une part et le préjudice subi d'autre part.

Pensez, par exemple, pour ce qui est de la preuve (l'estimation) du dommage (en fonction de la fraude), à une déclaration d'un réviseur d'entreprises concernant la valeur des actifs dérobés, des relevés bancaires, une copie des factures de paiement pour des prestations fictives, etc.

En ce qui concerne la relation de causalité, il faut pouvoir établir que l'entreprise n'aurait pas subi les dommages en question si la fraude n'avait pas eu lieu.

## 2. Collecte d'éléments de preuve

**21.** En tenant compte de l'objectif de l'enquête interne et des faits à examiner, l'enquêteur se lance dans la collecte d'éléments de preuve. L'enquêteur sera ici confronté à différentes limitations.

Il existe quelques limites auxquelles on se heurte lors d'une enquête interne et pour lesquelles l'intervention d'un tiers (par exemple, un huissier de justice) doit, le cas échéant, être sollicitée. En fonction de la nature de l'enquête à mener, des éléments de preuve éventuels auxquels l'entreprise n'a pas accès peuvent être sécurisés via une procédure auprès du juge des saisies. Cela réduit le risque de destruction de preuves éventuellement pertinentes.

Ensuite, l'enquête et la collecte d'éléments de preuve doivent répondre aux conditions légales (dont le droit à la vie privée). À défaut, cela peut affecter la valeur probante de l'enquête.

Quelques-unes de ces limitations ou conditions sont expliquées ci-dessous.

### 2.1. Droit à la vie privée du collaborateur

#### 2.1.1. Justification de violations du droit à la vie privée

**22.** Lorsque des actes d'enquête sont posés pendant une enquête interne, l'entreprise limite le droit à la vie privée du suspect<sup>18</sup>. Une telle limitation ne peut se justifier que sur base des principes suivants<sup>19</sup> :

1) **principe de légalité** : ce principe implique qu'une ingérence dans la vie privée découle d'une loi matérielle accessible (au sens large du terme). On pense

par exemple à un règlement de travail (travailleurs salariés) ou à une politique (non-salariés).

En informant suffisamment les collaborateurs sur les actes d'enquête possibles, les objectifs de l'enquête et les sanctions éventuelles, un enquêteur respecte aussi le **principe de transparence**. Ce principe joue un rôle important dans l'évaluation de l'admissibilité des preuves obtenues ;

2) **principe de finalité** : ce principe implique la recherche d'un intérêt légitime. La protection des droits et libertés des autres ou des biens de l'entreprise peut constituer un tel intérêt légitime.

Le critère des « attentes raisonnables en matière de vie privée » joue un rôle dans ce cadre. Une entreprise a, d'une part, le droit de contrôler les collaborateurs, de garantir la sécurité des tiers dans l'entreprise, etc. Le collaborateur a, d'autre part, aussi le droit à la transparence et à la prévisibilité des contrôles<sup>20</sup> ;

3) **principe de proportionnalité** : ce principe implique que l'acte d'enquête qui constitue une ingérence dans la vie privée du collaborateur est proportionnel au but. D'une part, l'entreprise pèse si l'acte d'enquête est pertinent pour préserver l'intérêt légitime. D'autre part, l'entreprise veille à ce que l'ingérence soit proportionnelle à l'intérêt légitime et non excessive. Concrètement, l'entreprise examine si l'intérêt légitime ne peut pas être préservé autrement que par l'acte d'enquête visé.

#### 2.1.2. Traitement de données à caractère personnel

**23.** Lorsque des actes d'enquête sont posés, des données à caractère personnel (ordinaires) sont traitées. Pour procéder en toute légitimité, un fondement juridique est requis (**principe d'admissibilité**). Dans le cadre d'une enquête interne, il existe deux fondements juridiques pertinents :

1) **consentement** : un consentement libre, spécifique, non équivoque et éclairé de l'intéressé au début d'une enquête interne (par exemple par la signature d'une déclaration) et/ou lors de certains actes d'enquête peut constituer un fondement juridique pour traiter des données à caractère personnel. Ceci s'applique à coup sûr pour les non-salariés.

Le consentement des travailleurs en revanche n'est pas un fondement juridique généralement admis en droit du travail, d'autant plus dans le cadre d'une enquête interne si le travailleur est impliqué. Dans ce cas, des conséquences négatives peuvent y être associées s'il ne donne pas son consentement<sup>21</sup> ;

18. Art. 8 de la C.E.D.H. ; art. 22. Const.

19. Y. VAN DER SYPE, *Naar een geïntegreerde privacybescherming in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2017, 55-58 et 151.

20. Y. VAN DER SYPE, *Naar een geïntegreerde privacybescherming in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2017, 32-33.

21. Art. 6.1.a) 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 (ci-après Règlement général sur la protection des données ou RGPD) ; S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 42 et 45-46 ; J. DE VREESE et I. PLETS, « Een bloemlezing van de rechtspraak 2019 », *Oriëntatie*, 2020, (334) 334-335.



2) **pondération d'intérêts légitimes** : pour prévenir la fraude et à des fins d'enquête, ce fondement juridique est aussi pris en compte. L'importance du bon fonctionnement de l'entreprise (respect des directives internes, continuité du service, garanties de la sécurité et du bien-être, etc.) est mesurée par rapport aux intérêts de l'intéressé<sup>22</sup>. En particulier, les employeurs peuvent soupeser leur autorité patronale et leur droit de contrôle par rapport aux intérêts et aux « attentes raisonnables en matière de vie privée » des travailleurs qui se sont engagés à exécuter un travail contre rémunération et sous l'autorité d'un employeur<sup>23</sup>.

Lors de l'instauration de méthodes d'investigation dans l'entreprise, il est indispensable pour une entreprise d'adapter la politique de confidentialité et/ou la politique de protection des données afin d'informer suffisamment les collaborateurs du traitement des données à caractère personnel. Durant l'enquête, gardez aussi à l'esprit que l'intéressé peut toujours demander de pouvoir accéder à certaines informations sur le traitement de ses données à caractère personnel et/ou de les consulter, plus précisément les informations relatives aux finalités du traitement, aux destinataires, aux catégories concernées de données à caractère personnel, etc<sup>24</sup>. On remarque de plus en plus dans la pratique que lors d'un licenciement et/ou d'une cessation de la collaboration, le collaborateur recourt à ce droit d'accès et/ou de consultation. Demandez toujours dans ce cas au collaborateur de préciser sa requête pour que vous puissiez lui fournir des informations ciblées (par exemple de l'enquête) et anonymisées ou non (pour préserver les droits des autres parties à l'enquête)<sup>25</sup>.

24. Par ailleurs, il faut examiner dans chaque cas concret si une analyse d'impact relative à la protection des données préalable (Data Protection Impact Assessment ou DPIA) est indispensable. Lorsque la méthode d'enquête constitue un « risque vraisemblablement élevé » pour les droits et libertés du collaborateur, l'entreprise doit évaluer l'origine, la nature, le caractère et la gravité du risque. Une DPIA est obligatoire dans trois cas : (i) le traitement figure sur une liste de traitements, (ii) la liste répond aux critères fixés par le Groupe de travail Article 29 et (iii) le traitement porte sur des aspects personnels (suivi par une décision relative à l'intéressé), il y a un traitement à grande échelle de catégories particulières de données à caractère personnel, il y a une surveillance à grande échelle et systématique de zones accessibles

au public. En fonction de l'issue de la DPIA, l'entreprise pourra se contenter de prendre des mesures pour limiter les risques. En cas de risque « effectivement élevé », l'entreprise doit contacter l'autorité de contrôle<sup>26</sup>.

Les actes d'enquête posés sont conservés dans chaque cas dans le registre général des activités de traitement au sein de l'entreprise. Il s'agit généralement d'une feuille de calcul (telle qu'un fichier Excel), avec une description notamment de la catégorie de données à caractère personnel, une énumération des finalités de traitement et une description des mesures de sécurité techniques et organisationnelles des données à caractère personnel<sup>27</sup>.

### 2.1.3. Prescriptions particulières

25. Il existe différents actes d'enquête que l'entreprise peut poser elle-même qui sont, cependant, fréquemment soumis à des conditions légales et/ou jurisprudentielles strictes. Nous vous donnons ci-dessous (voir *infra*, n° 28 et s.) un aperçu des actes d'enquête les plus courants.

Pour certains de ces actes d'enquête, un cadre réglementaire est organisé dans une loi ou une convention collective de travail. Pour d'autres actes d'enquête, nous revenons aux principes mentionnés ci-dessus en matière de droit à la vie privée.

## 2.2. Erreurs lors de la collecte de preuves : preuves devenues inutiles ?

26. Si les conditions légales applicables à un acte d'enquête concret n'ont pas été respectées pendant l'enquête interne, la question se pose de savoir dans quelle mesure la preuve peut être utilisée en justice. La preuve pourrait en effet être considérée comme illégale et donc inutilisable.

Un exemple est un licenciement pour motif grave d'un travailleur, fondé sur des preuves réunies au cours d'un contrôle du compte e-mail du travailleur. Ce contrôle révèle que le travailleur a diffusé des informations confidentielles de manière malveillante. Si l'entreprise n'a pas instauré de politique IT et/ou n'a pas respecté les obligations d'information, cela aura une incidence négative sur la licéité des preuves.

Un autre exemple concerne une entreprise dans laquelle des caméras de surveillance ont été installées

22. Art. 6.1.f) RGPD ; A. DESMADRYL, J. DEVOS et I. VERHELST, « Vijf jaar GDPR : invloed op de arbeidsrelatie en het personeelsbeleid (deel 1) », *Oriëntatie*, 2023, (200) 214 ; S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 47 ; Y. VAN DER SYPE, *Naar een geïntegreerde privacybescherming in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2017, 116 et 121.

23. Y. VAN DER SYPE, *Naar een geïntegreerde privacybescherming in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2017, 118-120.

24. Art. 15 RGPD.

25. S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 99-101.

26. Art. 35 RGPD ; S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 82-91 ; <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/professionnel/rgpd-analyse-d-impact-relative-a-la-protection-des-donnees> (consulté le 24 août 2023).

27. S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 77-79.



pour surveiller les machines. À la suite d'un incident survenu avec les machines, on contrôle les images caméra d'une journée de travail. L'entreprise apprend ainsi par hasard qu'un collaborateur a volé quelques produits dans le hall de l'usine. L'entreprise ne peut pas automatiquement utiliser ces images de caméra et doit respecter un cadre légal strict.

**27.** La jurisprudence de la Cour de cassation (la jurisprudence dite Antigone)<sup>28</sup> autorise l'utilisation de preuves obtenues illégalement, à la condition que :

- aucune formalité prescrite à peine de nullité n'a été transgressée.

Un arrêt de cassation du 14 juin 2021, prononcé dans une affaire civile, a laissé tomber la première condition (formalités prescrites à peine de nullité). Une preuve obtenue illégalement ne doit donc être écartée que lorsque la fiabilité de la preuve est affectée ou lorsque le droit à un procès équitable est compromis ;

- la fiabilité de la preuve n'a pas été affectée ;
- l'équité du procès n'a pas été compromise.

Pour ce qui concerne ce dernier critère, la récente jurisprudence de cassation indique qu'il doit être tenu compte de toutes les circonstances de l'affaire sur la base des critères suivants :

- la manière dont la preuve a été obtenue ;
- les circonstances dans lesquelles l'illégalité a été commise ;
- la gravité de l'irrégularité ;
- la mesure dans laquelle le droit de la partie adverse a été violé ;
- le besoin de preuve de la partie qui a commis l'irrégularité ;
- l'attitude de la partie adverse ;
- l'attitude du collaborateur qui éveille chez l'entreprise un soupçon de comportement fautif grave<sup>29</sup>.

Si l'enquêteur a violé les conditions de rassemblement de preuves, il est recommandé de reprendre les circonstances dans le rapport d'enquête. Les critères énumérés ci-dessus sont en effet de nature factuelle, ce qui nécessitera une explication des circonstances dans le rapport qui sera rendu lors de l'argumentation devant un tribunal.

Dans le commentaire de quelques actes d'enquête (voir *infra*, n° 28 et s.), nous donnons quelques exemples concrets de cas dans la jurisprudence dans lesquels les preuves ont été ou non acceptées.

## 2.3. Aperçu des actes d'enquête

**28.** Pendant une enquête interne, un enquêteur recueille diverses preuves via plusieurs actes d'enquête. Une preuve recueillie via une seule méthode d'enquête sera rarement voire jamais acceptée comme preuve « suffisante » pour justifier une décision d'une entreprise (dans une procédure disciplinaire, procédure contractuelle ou dans un dossier de licenciement). Une enquête élargie (telle qu'un entretien avec l'intéressé, la rédaction de rapports de témoins, le contrôle de dossiers d'e-mails) peut être indispensable pour compléter l'enquête interne.

### 2.3.1. Déclarations de témoins

#### 2.3.1.1. Décision d'opportunité

**29.** Parfois, il n'y a pas ou très peu de preuves écrites concrètes des faits qui sont reprochés à l'intéressé. Si les faits se sont produits en présence de tiers (par exemple collègues ou clients), l'enquêteur peut peser le pour et le contre avant de leur demander un témoignage écrit.

Ce n'est pas toujours évident à pondérer. Si un collaborateur s'est, par exemple, mal conduit et a commis une fraude en présence de ou à l'encontre d'un client, l'entreprise ne sera pas toujours encline, pour des considérations commerciales, à demander un témoignage du client. De plus, le client peut être lié par ses propres politiques internes qui ne l'autorisent pas à faire une déclaration de témoin.

Par ailleurs, il est assez délicat de demander aux collègues du collaborateur de faire une déclaration. Certains collègues peuvent effectivement avoir une bonne relation ou justement une mauvaise relation avec l'intéressé. Une certaine jurisprudence<sup>30</sup> se montre également sévère à l'égard d'une déclaration d'un autre travailleur et remet en question l'objectivité d'un tel témoin. Les travailleurs représentent la partie « plus faible » placée sous l'autorité de l'employeur. Si toutes les circonstances révèlent que le témoignage a pour ainsi dire été « déferé » par un employeur, le juge n'accordera pas de valeur probante à cette pièce justificative. La majorité de la jurisprudence accepte néanmoins les témoignages de collègues-travailleurs, surtout s'ils ont été rédigés en détail avec leurs propres mots, s'ils ne se contredisent pas entre eux et si rien n'indique que le travailleur a intérêt à déclarer autre chose que la vérité<sup>31</sup>.

28. Cass., 14 juin 2021, C.20.0418.N ; Cass., 16 décembre 2021, C.18.0314.N ; Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, 580 ; J. DE VREESE et I. PLETS, « Een bloemlezing van de rechtspraak 2021 », *Oriëntatie*, 2022, (298) 298 ; J. HICK et H. FRANCO, « De toepassing van de Antigoonleer in het arbeidsrecht : eindelijk uitsluitel ? », *Oriëntatie*, 2023, (18) 28-29.

29. J. DE VREESE et I. PLETS, « Een bloemlezing van de rechtspraak 2021 », *Oriëntatie*, 2022, (298) 299 ; J. HICK et H. FRANCO, « De toepassing van de Antigoonleer in het arbeidsrecht : eindelijk uitsluitel ? », *Oriëntatie*, 2023, (18) 28 et 30 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, 1104, n° 1866.

30. Prés. Com. Bruxelles, 12 mars 2008, *Ann. prat. com.*, 2008, 752, note B. GILLIS.

31. Trib. trav. Anvers, 21 mars 2016, *R.A.B.G.*, 2017, 212, note C. WANTIEZ ; C. trav. Bruxelles, 11 janvier 2021, *J.L.M.B.*, 2021, 1344 ; C. trav. Bruxelles, 2 mars 2021, *J.T.T.*, 2021, 493 ; C. trav. Bruxelles, 15 mars 2010, *J.T.T.*, 2010, 232 ; BUREAU D'AVOCATS CLAEYS & ENGELS, *Licenciement & Démission*, Malines, Kluwer, 2023, 331, n° 683.



L'opportunité de cet élément de preuve devra donc être évaluée au cas par cas.

### 2.3.1.2. Condition de forme

**30.** Si malgré tout un témoignage écrit est déposé, il doit remplir les conditions suivantes pour pouvoir être utilisé devant le tribunal<sup>32</sup> :

- la déclaration doit être entièrement manuscrite<sup>33</sup>, datée et signée ; une copie de la carte d'identité valide (recto verso) doit être jointe ;
- la déclaration contient un aperçu le plus détaillé possible des faits ;
- la déclaration doit mentionner explicitement qu'elle est destinée au tribunal et que le témoin sait qu'il s'expose à des sanctions en cas de fausse déclaration ;
- la déclaration mentionne les nom, date et lieu de naissance, domicile, degré de parenté ou d'alliance du témoin (par exemple, en tant que membre de la famille), ainsi qu'un éventuel lien de subordination (par exemple, en tant que travailleur), un lien de collaboration (par exemple, en tant qu'associé ou prestataire de services indépendant) et un (éventuel) intérêt commun avec une des parties au procès. En fonction de la qualité du témoin (par exemple en tant que travailleur dans un lien de subordination), le juge est libre d'y accorder plus ou moins de valeur probante<sup>34</sup>.

**31.** Si les conditions de forme n'ont pas toutes été respectées, la déclaration n'est pas nulle, mais cela peut compromettre la crédibilité de la déclaration. Le juge précisera les motifs pour lesquels la déclaration écrite n'est pas régulière et quel en sera l'impact sur la valeur probante. Le cas échéant, le juge peut également demander de rectifier l'erreur<sup>35</sup>.

### 2.3.1.3. Meilleures pratiques

**32.** Mieux vaut prendre en compte les directives suivantes lors de l'établissement d'un témoignage :

- 1) procurez une liste des exigences prescrites par la loi auxquelles le témoignage manuscrit doit répondre ;
- 2) recherchez qui est prêt à faire une déclaration et n'oubliez pas de réclamer une copie de la carte d'identité (recto verso) ;

- 3) veillez à obtenir une déclaration correcte et crédible reprenant les propres termes de celui qui dépose sa déclaration ; évitez des déclarations préimprimées ou des déclarations génériques qui sont signées de manière identique par plusieurs témoins ;
- 4) demandez aux témoins de faire preuve de discrétion après le dépôt de leur déclaration.

### 2.3.2. Surveillance par caméras

**33.** Il arrive qu'une entreprise découvre à l'aide de plusieurs images caméras qu'un de ses collaborateurs (travailleurs et prestataires de services indépendants), clients, fournisseurs, etc. a commis un délit. Est-il permis d'utiliser cette preuve en justice ?

#### 2.3.2.1. Définition

**34.** Une distinction doit être opérée entre deux définitions de la surveillance par caméras, selon le lieu de la surveillance et l'objectif de celle-ci :

- 1) **Caméras sur le lieu de travail** (travailleurs) : tout système de surveillance comportant une ou plusieurs caméras et visant à surveiller certains endroits ou certaines activités sur le lieu de travail à partir d'un point qui s'en trouve géographiquement éloigné dans le but ou non de conserver les images dont il assure la collecte et la transmission. Cette surveillance est installée pour garantir la sécurité et la santé, protéger les biens de l'entreprise et contrôler le processus de production (personnes<sup>36</sup> et machines<sup>37</sup>) et le travail<sup>38</sup>.
- 2) **Caméras à d'autres endroits** (non-salariés) : tout système d'observation fixe, fixe temporaire ou mobile dont le but est la surveillance et le contrôle des lieux et qui traite des images pour prévenir, constater ou déceler des infractions contre des personnes/des biens ou prévenir, constater ou déceler des incivilités au sens de l'art. 135 de la nouvelle Loi communale<sup>39</sup>.

#### 2.3.2.2. Filmer des travailleurs : qu'est-ce qui est permis ?

Conditions strictes

**35.** Des travailleurs peuvent être filmés sur le lieu de travail moyennant respect des conditions de la CCT n° 68 ainsi que du droit à la vie privée.

32. Art. 961/2 C. jud. ; J. DE VREESE et J. WILLEMS, « Hoe uw knowhow veiligstellen ? », *Oriëntatie*, 2015, (267) 274 ; S. GILSON, F. LAMBINET et H. PREUMONT, « La preuve en droit du travail : évolutions et questions particulières », *Orientations*, 2020, (4) 17.

33. Trib. trav. Gand (div. Courtrai), 15 février 2017, R.G. n° 16/128/A, inédit.

34. T. TOREMANS, « Commentaar bij artikel 961/2 Ger.W », OGR 2019, n° 44-52, 167-169.

35. T. TOREMANS, « Commentaar bij artikel 961/2 Ger.W », OGR 2019, n° 66-69 et n° 75-76, 174-176 et 178.

36. Pour l'évaluation et l'amélioration de l'organisation du travail (W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, 1108, n° 1873).

37. Pour le bon fonctionnement des machines (W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, 1108, n° 1873).

38. CCT n° 68 du 16 juin 1998 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard de la surveillance par caméras sur le lieu de travail (ci-après CCT n° 68).

39. Loi du 21 mars 2007 réglant l'installation et l'utilisation de caméras de surveillance (ci-après la loi caméras).





Un travailleur peut être filmé sur le lieu de travail à titre permanent<sup>40</sup> ou temporaire<sup>41</sup> en vue de garantir la sécurité et la santé, la protection des biens de l'entreprise et le contrôle du processus de production et du travail. L'enregistrement d'images de caméras n'est possible qu'à la lumière des objectifs précités, prévus dans la CCT (**principe de légalité et de finalité**)<sup>42</sup> et à la condition que cela soit **proportionnellement limité dans le temps**. L'usage excessif de caméras doit à tout moment être évité<sup>43</sup>. Il n'est autorisé que lorsque la prise d'images est indispensable aux fins de l'intérêt légitime. Si un système de protection ou d'alarme supplémentaire suffit pour, par exemple, protéger en suffisance les biens dans l'entreprise, une surveillance permanente par caméras sera alors superflue. Toute entreprise doit faire ce test.

## Formalités

**36.** Avant l'instauration d'une surveillance par caméras, les travailleurs et les organes de concertation sociale<sup>44</sup> doivent être préalablement informés (**principe de transparence**)<sup>45</sup>. Attention, si la surveillance par caméras peut avoir des implications pour la vie privée ou si les travailleurs font eux-mêmes l'objet d'un contrôle dans le processus de production ou dans leur travail, le rôle des organes de concertation sociale va plus loin et l'on devra rechercher des mesures moins intrusives dans la vie privée des travailleurs<sup>46</sup>. Le système de caméras doit en outre être régulièrement évalué par le conseil d'entreprise ou, à défaut, par le comité de prévention et protection au travail<sup>47</sup>.

L'enregistrement d'une caméra de surveillance, sans respect de l'obligation d'information préalable du travailleur, doit être écarté des débats selon une certaine jurisprudence<sup>48</sup>. Même si un entretien de confrontation (avec la police) a eu lieu au sujet des images obtenues illégalement, lors duquel le travailleur a avoué avoir volé de l'argent dans la caisse, la preuve n'a pas toujours été acceptée par le tribunal dans le passé. Le non-respect de l'obligation d'information

a été considéré comme une faute de l'employeur au sens de l'article 1382 de l'ancien Code civil et, en l'espèce, le travailleur avait droit à une indemnisation pour abus du droit de licenciement<sup>49</sup>. Consignez dès lors l'information aux travailleurs dans le règlement de travail ou dans une politique et faites-le signer par un travailleur.

**37.** Ensuite, le règlement de travail doit être modifié en observant la procédure légale, si la surveillance par caméras vise à contrôler le travail et/ou à surveiller les droits et obligations du personnel de surveillance<sup>50</sup>.

## Caméras cachées ou secrètes

**38.** Bien qu'une obligation d'information stricte repose donc sur l'employeur, certaines entreprises installent des caméras cachées/secrètes dans leur enceinte, partant de l'idée que les travailleurs ne commentront/réitéreront pas (plus) de faits en sachant qu'ils sont filmés. Si le travailleur se rend compte qu'une caméra est installée, il ne commettra jamais de fraude dans le champ de vision de la caméra.

**39.** Selon la loi caméras, toute utilisation secrète de caméras de surveillance (sans le consentement de la/des personne(s) filmée(s) n'est pas autorisée<sup>51</sup>. Le Règlement général sur la protection des données ne prévoit dès lors pas d'exception à l'obligation d'information en cas de surveillance par caméra<sup>52</sup>.

**40.** La Cour européenne des droits de l'homme a confirmé que les caméras secrètes n'étaient pas nécessairement contraires au droit à un procès équitable et à la vie privée des travailleurs, par exemple s'il y avait une suspicion raisonnable de vol (sur la base des déclarations de travailleurs, managers, représentants syndicaux, etc.), si la surveillance par caméras était limitée dans le temps, si un nombre limité de personnes avaient accès aux images et qu'il y avait un risque de préjudice financier pour l'employeur<sup>53</sup>.

40. Pour un contrôle de la sécurité et de la santé, la protection des biens de l'entreprise et du processus de production (machines), la surveillance par caméras peut être permanente ou temporaire (art. 6 de la CCT n° 68).  
 41. Pour un contrôle du processus de production (personnes) et du travail des travailleurs, la surveillance par caméras ne peut être que temporaire (art. 6 de la CCT n° 68).  
 42. Art. 4 de la CCT n° 68 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, 1108, n° 1873.  
 43. Art. 7-8 de la CCT n° 68.  
 44. À savoir le conseil d'entreprise, ou à défaut, le comité pour la prévention et la protection au travail, ou à défaut, la délégation syndicale.  
 45. Art. 9 de la CCT n° 68.  
 46. Art. 10 de la CCT n° 68 ; R. MATTHIJSENS, *Bevoegdheden van de ondernemingsraad*, Kluwer, Malines, 2013, 165.  
 47. Art. 11 de la CCT 68 ; S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 211 ; R. MATTHIJSENS, *Bevoegdheden van de ondernemingsraad*, Kluwer, Malines, 2013, 165.  
 48. Trib. trav. Liège, 6 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2008, 389 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1877.  
 49. Trib. trav. Liège, 6 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2008, 389 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1877.  
 50. Art. 6, 2° et 6, 5° de la loi instituant les règlements de travail ; S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 211.  
 51. S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 101.  
 52. J. DE VREESE et I. PLETS, « Een bloemlezing van de rechtspraak 2018 », *Oriëntatie*, 2020, (9) 10 ; I. PLETS, « Geheime camera's op de werkvloer zijn in beginsel in strijd met het recht op privacy », *Oriëntatie*, 2018, 123-124.  
 53. C.E.D.H. (grande chambre), 17 octobre 2019, n° 1874/13 et 8567/13, López Ribalda e.a./Espagne ; J. DE VREESE et I. PLETS, « Een bloemlezing van de rechtspraak 2018 », *Oriëntatie*, 2020, (9) 10 ; J. DE VREESE et I. PLETS, « Een bloemlezing van de rechtspraak 2019 », *Oriëntatie*, 2020, (334) 335 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1877.



**41.** On opère la distinction suivante : les caméras « cachées » sont des caméras dont l'emplacement exact n'est pas communiqué, mais dont les travailleurs sont informés. Si tous les principes de finalité et de proportionnalité de la CCT n° 68 sont remplis, cela sera en principe accepté (sans que cela doive être apprécié à la lumière des critères Antigone)<sup>54</sup>. Les caméras « secrètes » dont les travailleurs ne sont en aucune manière informés ne sont en principe pas admises comme preuves.

Certaines images de caméras obtenues illégalement peuvent encore être acceptées dans certains cas sur la base des critères Antigone<sup>55</sup>. À titre d'exemple, nous vous rappelons ci-dessous deux affaires :

- 1) L'employeur a enregistré des images de caméra sans avoir préalablement averti le travailleur. Plus tard, l'employeur souhaite utiliser ces images pour démontrer un vol de salaire (à savoir la retenue d'argent de clients et le non-enregistrement de ventes). Le tribunal a jugé qu'il s'agissait d'une preuve obtenue illégalement, mais n'a pas écarté les images des débats parce que la fiabilité de la preuve n'a pas été affectée et que l'agencement de la caméra ne violait pas le droit à la vie privée. La caméra n'a filmé que de manière fragmentaire (elle était orientée sur le compteur de la pompe et ne filmait que lorsqu'un client se présentait à la station-service) pour enregistrer la quantité de carburant vendue à la fin de la journée<sup>56</sup>.
- 2) Un employeur a installé une caméra cachée dans une crèche en annonçant qu'il s'agissait d'un humidimètre digital. Cet élément de preuve a été écarté des débats. La Cour a jugé que les images avaient été manipulées (il y avait des enregistrements de trois jours, mais qui avaient été réduits à un fragment). La preuve a été obtenue de manière disproportionnée (étant donné que la nature du prétendu délit n'était pas clairement exposée). Le fait que l'employeur ait menti aux puéricultrices et déclaré qu'il s'agissait d'un humidimètre digital était délibérément contraire à l'obligation de traiter les travailleuses avec respect et considération. Dans cette affaire, les puéricultrices ont déposé plainte conjointement auprès de l'inspection sociale lorsqu'elles ont découvert que l'humidimètre était en réalité une caméra. Le lendemain, une travailleuse a été licenciée pour motif grave pour avoir apporté son soutien à une travailleuse qui voulait se couvrir

à la suite de l'enregistrement de preuves d'actes de brutalité envers les tout-petits<sup>57</sup>.

### 2.3.2.3. Filmer des prestataires de services indépendants et d'autres non-salariés : qu'est-ce qui est permis ?

Loi caméras

**42.** Qu'en est-il lorsque l'entreprise filme non seulement des travailleurs, mais aussi des fournisseurs et/ou clients et/ou prestataires de services indépendants.

Dans ce cas, pour le placement d'une surveillance par caméras sur un lieu fermé accessible au public (par exemple, un immeuble commercial ou un parking de visiteurs d'une entreprise) ou un lieu fermé non accessible au public (par exemple des espaces de bureaux, un entrepôt où aucun service n'est proposé au public ou un parking privé d'une entreprise)<sup>58</sup> les principes de la loi caméras doivent être respectés.

Dans les lieux fermés accessibles au public, il est autorisé d'installer des caméras pour recueillir des preuves d'incivilités ou de faits démontrant un délit ou des dommages, ainsi que pour repérer des auteurs, des témoins et des victimes. Dans des lieux fermés non accessibles au public, des images peuvent également être enregistrées et conservées pour d'autres motifs<sup>59</sup>.

Les principes de la CCT n° 68 ne doivent pas être respectés à l'égard de prestataires de services indépendants et d'autres non-salariés. Les travailleurs sont soumis aux principes de la CCT n° 68 et les prestataires de services indépendants aux principes de la loi caméras. Si une même entreprise filme à la fois les travailleurs et des prestataires de services indépendants, la loi caméra prévaut dans la mesure où la CCT n° 68 contient une lacune ou une contradiction (par exemple, le délai maximum de conservation des images est prévu uniquement dans la loi caméras, pas dans la CCT n° 68)<sup>60</sup>.

Formalités

**43.** Dans la loi caméras, on prévoit différentes formalités supplémentaires, telles que la tenue d'un registre interne spécifique pour les activités de surveillance par caméras et une déclaration de surveillance par caméras auprès de la police<sup>61</sup>.

54. S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 213-214.

55. C.E.D.H. (grande chambre), 5 octobre 2010, n° 420/07, Köpke/Allemagne ; Cass., 27 février 2001, *Chr. D.S.*, 2001, 455 ; Cass., 2 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, 1086 ; S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 213.

56. Anvers, 26 octobre 2005, *T. straf.*, 2006, 31, note F. VERBRUGGEN ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1877.

57. C. trav. Bruxelles, 2 octobre 2015, *J.T.T.*, 2016, 92 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1877.

58. S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 203.

59. Art. 6-7 de la loi caméras ; S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 207.

60. <https://www.sociare.be/nl/kennisbank/camerabewaking-werkvloer> (consulté le 23 août 2023).

61. Art. 6-7 de la loi caméras ; art. 2-6 de l'arrêté royal du 8 mai 2018 relatif aux déclarations d'installation et d'utilisation de caméras de surveillance et au registre d'activités de traitement d'images de caméras de surveillance, *M.B.*, 23 mai 2018.



Seuls le responsable du traitement ou les personnes sous son autorité peuvent examiner les images dans le cadre de l'enquête, en observant leur devoir de discrétion. Les images ne peuvent pas être diffusées et/ou partagées avec des personnes « non compétentes ». Les images doivent être également transmises aux services de police dans le cas uniquement où elles montrent qu'un délit a été commis. La personne filmée a également accès aux images, sur demande motivée<sup>62</sup>.

Les images doivent être supprimées après un mois, sauf si un délit, des dommages ou des incivilités est/ sont prouvé(e)(s) ou si un auteur, un témoin ou une victime est identifié(e)<sup>63</sup>.

## Obligation d'information

**44.** Pour la surveillance par caméras visant des non-salariés, l'autorisation est en principe requise, sauf si un pictogramme est affiché conformément aux prescriptions légales.

En présence d'un pictogramme, les images peuvent être utilisées pour les finalités rigoureusement décrites dans la loi caméras (voir ci-dessus, n° 42.). Si une entreprise souhaite acquérir et utiliser des images de caméra pour d'autres finalités, il est préférable que l'entreprise établisse une politique qu'elle fera signer à titre de consentement et qu'elle respecte tous les principes en matière de droit à la vie privée<sup>64</sup>.

### 2.3.2.4. Meilleures pratiques

**45.** Mieux vaut prendre en compte les directives suivantes lors de l'enregistrement et de l'utilisation d'images de caméra dans l'entreprise :

- 1) Déterminez les objectifs de l'utilisation de caméras en conformité avec la CCT n° 68 (travailleurs) et la loi caméras (non-salariés).
- 2) Respectez les formalités prévues dans la loi caméras (non-salariés) ou la CCT n° 68 (travailleurs) (par exemple, la tenue d'un registre du traitement, le délai de conservation, l'obligation d'information, les règles de concertation sociale, l'affichage d'un pictogramme, l'évaluation du système de surveillance, etc.).
- 3) Limitez l'utilisation de la caméra dans le temps, en fonction de l'objectif choisi.
- 4) Donnez l'accès aux images prises uniquement aux personnes compétentes.
- 5) Confrontez le collaborateur aux images.
- 6) Motivez le respect de la législation, du principe de légalité, de finalité, de transparence et de proportionnalité dans le rapport d'enquête.

### 2.3.3. E-monitoring

**46.** Une source récurrente de preuve de fraude est la communication électronique qui peut être retrouvée dans l'échange d'e-mails, l'utilisation d'internet, le disque dur, etc. Il n'est pas toujours évident de déterminer quand et auprès de qui des données de connexion peuvent être contrôlées, l'utilisation des e-mails et de l'internet peut être surveillée, dans quelle mesure le contenu des e-mails peut être lu, les fichiers de l'ordinateur peuvent être fouillés, etc.

#### 2.3.3.1. Communication électronique : qu'est-ce qui est punissable ?

**47.** Il existe de nombreuses doctrines et jurisprudences qui se sont penchées, dans le passé, sur la question de la responsabilité pénale concernant l'e-monitoring dans les entreprises. Il existe à ce sujet diverses dispositions légales qui peuvent s'appliquer.

1. L'article 314bis du Code pénal sanctionne entre autres l'interception et la prise de connaissance intentionnelle de communications auxquelles on ne participe pas sans le consentement de tous les intéressés<sup>65</sup>.

Cette disposition pénale n'est cependant applicable que s'il est question d'intention<sup>66</sup>.

2. Article 124, 1° de la loi relative aux communications électroniques sanctionne quiconque prend connaissance intentionnellement de l'existence d'informations de toute nature transmises par voie électronique et qui ne lui sont pas destinées personnellement, sans l'autorisation de toutes les personnes concernées<sup>67</sup>.

Cette disposition semble à première vue donner lieu à l'incrimination dans le cadre de l'e-monitoring organisé dans une enquête. Ici aussi, l'intention est requise, mais une entreprise est également punissable si la boîte de messagerie électronique est contrôlée après coup (après la transmission). Aucune violation de cette incrimination n'est commise à la seule condition que toutes les parties aient donné leur consentement. D'une part, le consentement des travailleurs n'est pas un fondement juridique généralement accepté dans le droit du travail et d'autre part, il n'est pas requis dans tous les cas pour un contrôle de la communication en ligne<sup>68</sup>.

L'article 125 de la loi relative aux communications électroniques autorise également à prendre connaissance d'une communication électronique si la loi

62. Art. 9 de la loi caméras ; S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 207-208.

63. Art. 6-7 de la loi caméras.

64. Surveillance par caméras au travail et à l'extérieur | Sociare (consulté le 23 août 2023).

65. Art. 314bis du Code pénal (ci-après C. pén.).

66. S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 257.

67. Art. 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (ci-après loi sur les communications électroniques).

68. J. DE VREESE en I. PLETS, « Een bloemlezing van de rechtspraak 2019 », *Oriëntatie*, 2020, (334) 334-335.



l'autorise ou l'impose<sup>69</sup>. Différentes doctrines<sup>70</sup>, jurisprudences<sup>71</sup>, ainsi que l'Autorité de protection des données<sup>72</sup> renvoient pour cette base légale à l'article 17 de la loi relative aux contrats de travail. Autrement dit, l'autorité et le droit d'instruction d'un employeur constituent une base légale suffisante pour prendre connaissance de communications électroniques, à la condition que les enquêtes gardent des proportions normales et correctes et que toutes les dispositions légales en la matière soient respectées<sup>73</sup>.

### 2.3.3.2. Contrôler la boîte de messagerie des travailleurs : qu'est-ce qui est permis ?

Conditions strictes

**48.** La base légale pour le contrôle des communications électroniques est la CCT n° 81 du 26 avril 2022 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communications électroniques en réseau (**principe de légalité**).

**49.** Par **communications électroniques**, on entend les données relatives aux communications électroniques transitant par réseau qui sont transmises ou reçues dans le cadre de la relation de travail<sup>74</sup>.

**50.** Toute communication électronique via une plateforme électronique (p. ex. e-mail ou Teams) et navigation sur des sites web en réseau peut être contrôlée, mais uniquement pour une liste limitative d'intérêts légitimes déterminés (**principe de finalité**) : (1) la prévention de faits illicites (par exemple piratage informatique et pornographie), (2) la protection d'intérêts économiques, commerciaux et financiers de l'entreprise (par exemple dénigrement publicitaire, violation du secret des affaires et activités concurrentielles), (3) la sécurité et/ou le bon fonctionnement technique du réseau informatique (par exemple diffusion de fichiers comportant des malwares) et (4) le respect des politiques internes (par exemple, sites web à des fins non professionnelles)<sup>75</sup>.

Ces objectifs doivent être rigoureusement gardés à l'esprit et offrent un vaste terrain de jeu propice à l'investigation de la boîte de messagerie des travailleurs. Toutefois, un employeur ne peut invoquer n'importe quel motif pour exécuter un tel contrôle. Un juge de la Cour d'appel de Gand siégeant en référé a estimé qu'un employeur qui avait imprimé quelques e-mails du travailleur et les avait conservés dans une enveloppe scellée en présence de l'huissier de justice avait violé les règles de la CCT n° 81. L'employeur a procédé à ce contrôle sur la base uniquement de « rumeurs » selon lesquelles le travailleur s'adonnerait à des activités personnelles et concurrentielles. Non seulement il n'y avait aucune finalité claire de l'enquête, mais en plus le travailleur n'avait pas été averti du contrôle. Les pièces ont été écartées des débats<sup>76</sup>.

**51.** Il est important que l'enquêteur vérifie systématiquement l'éventualité de contrôles alternatifs (moins intrusifs) et qu'il balise la recherche en fonction de mots-clés ciblés et au regard de la finalité poursuivie (**principe de proportionnalité**). Seules des données de communications électroniques indispensables pour le contrôle peuvent être recueillies<sup>77</sup>. À titre d'exemple : un contrôle des messages électroniques pendant les vacances et en dehors des heures de travail normales n'est pas proportionné<sup>78</sup>. Pour pouvoir expliquer cela aussi post factum (lors d'une éventuelle discussion ultérieure devant le tribunal), mieux vaut décrire de manière détaillée chaque acte d'investigation dans le rapport d'enquête.

Comment se déroule un contrôle ?

**52.** Conformément au principe de proportionnalité, lors d'une **première phase de contrôle**, un employeur ne peut réaliser un contrôle que d'une manière **globale** et non individuelle<sup>79</sup>. Concrètement, à titre d'exemple, des données globales relatives à la durée de connexion par poste de travail et au nombre d'e-mails sortants par poste de travail peuvent être examinées sur internet.

69. Art. 125 de la loi sur les communications électroniques.

70. S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 257 ; J. DE VREESE et I. PLETS, « Een bloemlezing van de rechtspraak 2018 », *Oriëntatie*, 2020, 9-10.

71. C.E.D.H., 12 janvier 2016, n° 61496/08, Bărbulescu/Roumanie ; C.E.D.H., 22 février 2018, n° 588/13, Libert/France ; C. trav. Mons, 25 novembre 2009, *R.D.T.I.*, 2010, 81 ; C. trav. Gand, 9 mai 2005, *Chr. D.S.*, 2006, 158 ; S. HORVAT, « Werkgever mag internetgebruik werknemer controleren », *Juristenkrant*, 2005, n° 117.

72. Recommandation APD n° 08/2012 du 2 mai 2012, 18 ; APD, « Surveillance électronique sur Internet et email » (consultation du 19 juillet 2023 ; <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/citoyen/themes/vie-privee-sur-le-lieu-du-travail/surveillance-de-l'employeur/-surveillance-electronique-sur-internet-et-email>) ; R. SAELENS, « Privacycommissie versoepelt houding bij e-mailcontrole op de werkplaats », *Juristenkrant*, 2012, n° 256 ; J. DE VREESE et I. PLETS, « Een bloemlezing van de rechtspraak 2019 », *Oriëntatie*, 2020, (334) 335.

73. Art. 125 de la loi relative aux communications électroniques ; S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 257.

74. Art. 2 de la CCT n° 81 du 26 avril 2022 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électroniques en réseau (ci-après CCT n° 81).

75. Art. 5 et 13 de la CCT n° 81 ; D. DEJONGHE, « Werkgeverscontrole op e-mailen internetgebruik : C.A.O. nr. 81 schetst de krijtlijnen », *Oriëntatie*, 2002, (225) 226-227 ; S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 258 ; N. ROLAND, « La CCT n° 81 et le contrôle des données de communication électroniques en réseau : que reste-t-il de nos 20 ans ? », *Oriëntations*, 2022, (2) 5, n° 12 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1894.

76. R. SAELENS et P. DE HERT, « Gents hof hekelt geheime e-mailcontrole op de werkplaats », *Juristenkrant*, 2012, n° 3.

77. Art. 6 de la CCT n° 81 ; D. DEJONGHE, « Werkgeverscontrole op e-mailen internetgebruik : C.A.O. nr. 81 schetst de krijtlijnen », *Oriëntatie*, 2002, (225) 227 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1895.

78. C. trav. Anvers (section Hasselt), 15 novembre 2005, *Chr. D.S.*, 2006, 153.

79. APD, « Surveillance électronique sur Internet et e-mail » (consultation du 19 juillet 2023) ; <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/citoyen/themes/vie-privee-sur-le-lieu-du-travail/surveillance-de-l'employeur/-surveillance-electronique-sur-internet-et-email>.





Ce n'est que dans un **deuxième temps**, si des irrégularités ont été constatées, que l'on pourra individualiser quels sites web ont été visités et quels travailleurs ont envoyé des e-mails bien déterminés (sans contrôler le contenu, voir ci-dessous n° 59)<sup>80</sup>. Seules les données de communication sont individualisées et non leur contenu, à moins que toutes les parties et surtout le travailleur<sup>81</sup> aient donné leur accord<sup>82</sup>.

Lors du constat de faits établis à la lumière des trois premiers objectifs, le travailleur concerné peut être **directement individualisé**<sup>83</sup>. S'il ressort, par exemple, d'une liste de sites web consultés au départ d'un certain poste de travail que lors d'une seule journée de travail, un site web pornographique a été visité à cinq reprises, on pourra retracer directement l'identité de ce travailleur.

En revanche, lorsqu'une violation d'une des politiques internes de l'entreprise est commise, le quatrième objectif, il peut uniquement être procédé à un contrôle **indirectement individualisé**. Le(s) travailleur(s) doit(doivent) être d'abord informé(s) des violations constatées (= procédure de sonnette d'alarme). Ce n'est que lors d'une violation identique ou similaire suivante que l'employeur peut constater directement qui n'a pas respecté la politique<sup>84</sup>. Soyez donc particulièrement attentif à la description de la violation constatée, puisque seules des violations identiques ou similaires permettront une individualisation ultérieure. Le travailleur dont le contrat de travail n'est pas suspendu est également invité par l'employeur à un entretien, avant de rendre une décision ou évaluation<sup>85</sup>.

Communication électronique professionnelle ou privée ?

**53.** Cette individualisation porte uniquement sur les données de communication électroniques **de nature privée**, et pas de nature professionnelle<sup>86</sup>. Les communications de nature professionnelle pourraient, par conséquent être consultées, sans individualisation.

Toutefois, il existe une jurisprudence abondante qualifiant la communication de « mixte », ce qui incite tout de même à suivre la procédure requise concernant la CCT n° 81<sup>87</sup>. Un travailleur peut en effet avoir (dans une moindre mesure) des « attentes raisonnables en matière de protection de la vie privée », même lorsqu'il utilise certains outils uniquement à des fins professionnelles<sup>88</sup>.

Dans une affaire défendue devant la Cour du travail de Bruxelles, on s'est intéressé de plus près à la notion « d'attentes raisonnables en matière de protection de la vie privée ». Un travailleur s'était déclaré malade et avait proposé à l'employeur de suivre ou d'annuler les rendez-vous planifiés. L'employeur a fouillé la boîte de messagerie et constaté que le travailleur transmettait des informations confidentielles. Les e-mails en question étaient de nature personnelle (adressés à un membre de la famille ou ami/connaissance). La Cour a estimé que le travailleur pouvait avoir des « attentes raisonnables en matière de protection de la vie privée », plus précisément que l'employeur ne pouvait pas prendre connaissance des messages, même si l'ordinateur était la propriété de l'employeur. L'élément pertinent est que dans cette affaire, il n'existait aucune autre preuve (que les e-mails) et que la Cour a jugé que les actes visant à aider un membre de la famille/ami à accéder à un emploi étaient des actes maladroits plutôt que de la concurrence déloyale<sup>89</sup>.

- 
80. Comm. sur l'art. 6 de la CCT n° 81 ; D. DEJONGHE, « Werkgeverscontrole op e-mailen internetgebruik : C.A.O. nr. 81 schetst de krijtlijnen », *Oriëntatie*, 2002, (225) 227-228.
81. Attention cependant au fait que le consentement des travailleurs ne constitue pas un fondement juridique généralement accepté dans le droit belge du travail (cf. ci-dessus, n° 23).
82. N. ROLAND, « La CCT n° 81 et le contrôle des données de communication électroniques en réseau : que reste-t-il de nos 20 ans ? », *Oriëntations*, 2022, (2) 3, n° 5 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1902.
83. Art. 15 de la CCT n° 81 ; D. DEJONGHE, « Werkgeverscontrole op e-mailen internetgebruik : C.A.O. nr. 81 schetst de krijtlijnen », *Oriëntatie*, 2002, (225) 231 ; S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 262 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1905.
84. Art. 16 de la CCT n° 81 ; D. DEJONGHE, « Werkgeverscontrole op e-mailen internetgebruik : C.A.O. nr. 81 schetst de krijtlijnen », *Oriëntatie*, 2002, (225) 231-232 ; N. ROLAND, « La CCT n° 81 et le contrôle des données de communication électroniques en réseau : que reste-t-il de nos 20 ans ? », *Oriëntations*, 2022, (2) 7, n° 24 ; S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 262-263 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1907.
85. Art. 17 de la CCT n° 81 ; D. DEJONGHE, « Werkgeverscontrole op e-mailen internetgebruik : C.A.O. nr. 81 schetst de krijtlijnen », *Oriëntatie*, 2002, (225) 232 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1908.
86. D. DEJONGHE, « Controle van inhoud van e-mails : is de C.A.O. nr. 81 een maat voor niets ? Commentaar op het arrest d.d. 15 december 2004 van het Arbeidshof Antwerpen », *Chr. D.S.*, 2006, (131) 131 ; D. DEJONGHE, « Werkgeverscontrole op e-mailen internetgebruik : C.A.O. nr. 81 schetst de krijtlijnen », *Oriëntatie*, 2002, (225) 232 ; contra : R. SAELENS et P. DE HERT, « Gents hof hekelt geheime e-mailcontrole op de werkplaats », *Juristenkrant*, 2012, n° 3.
87. N. ROLAND, « La CCT n° 81 et le contrôle des données de communication électroniques en réseau : que reste-t-il de nos 20 ans ? », *Oriëntations*, 2022, (2) 4, n° 5 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1901.
88. C.E.D.H., 12 janvier 2016, n° 61496/08, *Bărbulescu/Roumanie*.
89. C. trav. Bruxelles, 9 septembre 2016, *J.T.T.*, 2017, 14 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1901.



## Formalités

**54.** Un contrôle des communications électroniques est exclusivement possible moyennant mention de la politique de contrôle au sein de l'entreprise dans le règlement de travail ou une politique IT (**principe de transparence**), tout en respectant les règles de concertation sociale (= information collective) et d'information (individuelle) aux travailleurs<sup>90</sup>.

L'information collective doit, préalablement à l'installation du système de contrôle<sup>91</sup>, être donnée au conseil d'entreprise ou, à défaut, au comité pour la prévention et la protection au travail ou, à défaut, à la délégation syndicale ou, à défaut, aux travailleurs. L'information collective porte sur les aspects suivants : (i) la politique de contrôle ainsi que les prérogatives de l'employeur et du personnel de surveillance, (ii) les finalités poursuivies, (iii) le fait que des données personnelles soient ou non conservées, le lieu et la durée de conservation et (iv) le caractère permanent ou non du contrôle<sup>92</sup>.

L'information individuelle aux travailleurs doit être donnée au plus tard au moment de l'installation du système de contrôle<sup>93</sup>. Cette information individuelle porte sur les aspects suivants : (i) la politique de contrôle ainsi que les prérogatives de l'employeur et du personnel de surveillance, (ii) les finalités poursuivies, (iii) le fait que des données personnelles soient ou non conservées, le lieu et la durée de conservation et (iv) le caractère permanent ou non du contrôle, (v) l'utilisation des outils mis à la disposition des travailleurs pour l'exécution de leur travail, en ce compris les limitations de l'utilisation dans le cadre de leur fonction, (vi) les droits, devoirs, obligations des travailleurs et les interdictions éventuelles prévues dans l'utilisation des moyens de communication électronique en réseau de l'entreprise et (vii) les sanctions prévues au règlement de travail en cas de manquement<sup>94</sup>.

**55.** Le système de contrôle doit en outre être évalué régulièrement par le conseil d'entreprise ou, à défaut, le comité pour la prévention et la protection au travail ou, à défaut, la délégation syndicale<sup>95</sup>.

**56.** Le règlement de travail doit en tout cas mentionner la liste des sanctions en cas de non-respect des règles en matière d'utilisation de l'ordinateur, des e-mails, etc., en tenant compte de la procédure légale à cette fin<sup>96</sup>.

**2.3.3.3. Contrôle de la boîte de messagerie de prestataires de services indépendants : qu'est-ce qui est permis ?**

**57.** Il arrive que des prestataires de services indépendants travaillent avec des ordinateurs portables mis à leur disposition ou avec un compte de messagerie électronique de l'entreprise<sup>97</sup>. La question se pose de savoir si eux aussi peuvent être contrôlés.

**58.** Comme la doctrine l'a déjà confirmé, l'article 17 de la loi relative aux contrats de travail (l'autorité de l'employeur) n'offre pas un fondement légal à une prise de connaissance d'éventuelles communications électroniques des prestataires de services indépendants. Ils ne relèvent en effet pas de la surveillance hiérarchique de l'employeur. En vertu de l'article 124 de la loi sur les télécommunications, seul le **consentement** des prestataires de services indépendants offre encore une échappatoire pour pouvoir consulter les communications électroniques.

Bien sûr, au moment « suspecté », c'est-à-dire au moment où l'entreprise a une suspicion d'irrégularités, le prestataire de services ne sera pas enclin à consentir au contrôle de ses communications électroniques. C'est pourquoi il est recommandé d'intégrer à ce propos une clause dans la convention de prestation de services (au début de la relation contractuelle) ou de faire signer une politique par le prestataire de services<sup>98</sup>.

**2.3.3.4. Quelques questions concrètes**

L'entreprise peut-elle contrôler le contenu des e-mails privés des collaborateurs ?

**59.** La CCT n° 81 ne constitue pas une base (légale) pour le contrôle du contenu d'un e-mail de travailleurs<sup>99</sup>. La CCT n° 81 constitue uniquement un cadre légal pour des contrôles globaux (par exemple, combien d'e-mails sont envoyés depuis un poste de travail

90. Art. 7-10 de la CCT n° 81 ; R. MATTHIJSENS, *Bevoegdheden van de ondernemingsraad*, Malines, Kluwer, 2013, 171 ; S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 260-262.

91. Art. 3 de la CCT n° 9 du 9 mars 1972 coordonnant les accords nationaux et les conventions collectives de travail relatifs aux conseils d'entreprise, conclus au sein du Conseil national du Travail, modifiée par les conventions collectives n° 15 du 25 juillet 1974, n° 34 du 27 février 1981, n° 37 du 27 novembre 1981, n° 9bis du 29 octobre 1991, n° 9ter du 27 février 2008 et n° 9quater du 27 juin 2012 (ci-après CCT n° 9) ; D. DEJONGHE, « Werkgeverscontrole op e-mailen internetgebruik : C.A.O. nr. 81 schetst de klijlijnen », *Oriëntatie*, 2002, (225) 229.

92. Art. 9, § 1<sup>er</sup> de la CCT n° 81.

93. D. DEJONGHE, « Werkgeverscontrole op e-mailen internetgebruik : C.A.O. nr. 81 schetst de klijlijnen », *Oriëntatie*, 2002, (225) 228.

94. Art. 9, § 1<sup>er</sup> et § 2 de la CCT n° 81.

95. Art. 10 de la CCT n° 81 ; R. MATTHIJSENS, *Bevoegdheden van de ondernemingsraad*, Kluwer, Malines, 2013, 171.

96. Art. 11-13 de la loi instituant les règlements de travail ; art. 9, § 2 de la CCT n° 81 ; commentaire de l'art. 8 de la CCT n° 81.

97. Bien qu'il vaille toujours mieux l'éviter pour limiter un risque (éventuel) de fausse indépendance.

98. S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 269.

99. Recommandation de l'APD n° 08/2012 du 2 mai 2012, 23 ; N. ROLAND, « La CCT n° 81 et le contrôle des données de communication électroniques en réseau : que reste-t-il de nos 20 ans ? », *Oriëntations*, 2022, (2) 3, n° 5 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1901.



bien déterminé) et en cas de constat d'irrégularités, pour des contrôles individualisés (par exemple quel travailleur a envoyé cinquante e-mails à un concurrent).

Autrement dit, le critère pour contrôler le contenu d'e-mails sera le droit à la vie privée du collaborateur.

**60.** Des prestataires de services indépendants peuvent donner leur consentement pour le contrôle du contenu des e-mails (par exemple dans une politique ou dans la convention de prestations de services).

Les travailleurs, en revanche, ne peuvent pas se contenter d'accepter un contrôle du contenu de leurs e-mails. Le consentement des travailleurs est difficilement acceptable comme justification d'un contrôle du contenu d'un e-mail (voir ci-dessus, n° 47).

**61.** Si l'entreprise souhaite vérifier le contenu d'un e-mail et le soumettre au tribunal, elle devra de manière plus générale le considérer au regard du droit à la vie privée du collaborateur<sup>100</sup>. Étant donné que le consentement, en particulier pour le travailleur, n'est pas une base juridique certaine et que la CCT n'apporte pas non plus de soulagement, il sera d'autant plus important de motiver dans le rapport d'enquête que le principe de finalité, de transparence et de proportionnalité a été respecté.

D'après les exemples suivants de la jurisprudence, la présentation d'e-mails comme preuve a été acceptée, via ou non le test Antigone :

- Un contrôle de tous les e-mails et fichiers (pamphlet et C4) sur un ordinateur professionnel sans informer le travailleur n'est ni transparent ni proportionné. Des e-mails sarcastiques adressés à des collègues ont été interceptés, qui n'avaient rien à voir avec les intérêts économiques, financiers et commerciaux de l'entreprise. Bien que le droit à la vie privée ait été ignoré, la preuve a bien été admise sur la base des critères Antigone. En l'occurrence, le travailleur était en vacances. Le responsable a fouillé sa boîte de messagerie pour vérifier si certains e-mails relatifs à un projet avaient été envoyés au travailleur concerné. Le responsable a découvert par inadvertance la présence d'e-mails permettant de suspecter l'existence d'une activité concurrentielle<sup>101</sup>.
- Une consultation du contenu des e-mails de la boîte de messagerie du travailleur adressés à un

tiers, révélant que des offres, factures, informations sur des contrats en cours, des données financières confidentielles, et ainsi de suite ont été transmises à un concurrent (conjoint du travailleur), sans le consentement du travailleur, est contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, à l'article 2 du Code judiciaire et à l'article 124 de la loi sur les télécommunications puisqu'aucun consentement n'avait été donné. Une note unilatérale relative au contrôle sur l'utilisation des e-mails et de la technologie est une instruction unilatérale qui ne prouve pas l'accord du travailleur. Sur la base du test Antigone, la preuve obtenue illégalement n'est pas admise. Les messages ont uniquement été collectés, et non obtenus, par des « voies détournées » (« fiabilité ») et le travailleur avait le droit de se défendre au sujet des documents (« processus équitable »). En outre, la violation était de nature très grave<sup>102</sup>.

- Les e-mails qui ont été consultés sans l'accord du travailleur ou la communication préalable des règles applicables et sans qu'il ait été question d'une découverte fortuite d'e-mails sont écartés des débats. La Cour du travail de Bruxelles n'accepte pas l'argument de la découverte fortuite, si les e-mails n'étaient clairement pas des e-mails professionnels au vu de leur objet et des destinataires, qu'ils ne pouvaient pas être considérés comme urgents (étant donné qu'ils se trouvaient dans le répertoire des e-mails envoyés) et que les faits ont révélé que l'employeur avait encore lu d'autres e-mails privés<sup>103</sup>.
- Dans cette affaire, ce qui a été présenté, ce ne sont pas les e-mails, mais des contenus de messages SMS entre collègues, dans lesquels l'employeur est dénigré et les collègues sont incités à remettre de faux certificats médicaux. Un des collègues (en l'occurrence, l'épouse du gérant) a transféré cet e-mail à l'employeur<sup>104</sup>. Dans ce cas, l'employeur n'a pas reçu lui-même la communication (de manière illicite). Dans ce genre de cas, l'employeur est un destinataire licite d'un e-mail (qui n'est pas tenu à un quelconque secret professionnel, mais tout au plus à un devoir général de discrétion) et est libre d'en communiquer le contenu à une autre personne<sup>105</sup>.

Il convient dès lors d'intégrer dans la politique destinée aux collaborateurs des directives prévoyant l'obligation de mentionner « privé » dans l'objet d'un e-mail, s'il s'agit d'une communication privée<sup>106</sup> ou d'imposer des comptes de messagerie électronique distincts pour

100. C. trav. Bruxelles, 22 novembre 2005, *J.T.T.*, 2006, 218 ; Trib. trav. Bruxelles, 2 mai 2000, *Juristenkrant*, 200, n° 20 ; N. ROLAND, « La CCT n° 81 et le contrôle des données de communication électroniques en réseau : que reste-t-il de nos 20 ans ? », *Orientations*, 2022, (2) 4, n° 5.

101. C. trav. Mons, 8 décembre 2010, *Chr. D.S.*, 2011, 399, note O. RIJCKAERT (des dommages-intérêts ont bel et bien été octroyés parce que l'employeur avait commis une faute en vertu de l'art. 1382 de l'ancien Code civil).

102. C. trav. Bruxelles, 8 février 2019, *J.T.T.*, 2019, 321 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1901 ; J. DE VREESE et I. PLETS, « Een bloemlezing van de rechtspraak 2019 », *Oriëntatie*, 2020, (334) 335.

103. C. trav. Bruxelles, 7 février 2013, *J.T.*, 2013, note MOUGENOT ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1901.

104. C. trav. Liège (div. Neufchâteau), 24 avril 2019, *Chr. D.S.*, 2020, 356 (il ne s'agissait même pas dans cette affaire d'un contrôle par l'employeur).

105. Trib. trav. Liège (div. Liège), 16 janvier 2020, *R.D.J.P.*, 2020, 222.

106. D. DEJONGHE, « Werkgeverscontrole op e-mailen internetgebruik : C.A.O. nr. 81 schetst de klijtlijnen », *Oriëntatie*, 2002, (225) 233.



les finalités privées et les finalités professionnelles<sup>107</sup>. Une entreprise évitera ainsi autant que possible des discussions en cas de contrôle interne.

Il peut éventuellement être envisagé de faire appel à une personne de confiance neutre (par exemple un préposé à la protection des données) pour le contrôle du contenu des e-mails<sup>108</sup>.

L'entreprise peut-elle enregistrer un entretien téléphonique avec des collaborateurs et réclamer des données téléphoniques ?

**62.** Il est strictement interdit d'enregistrer en secret un entretien téléphonique « en direct » à laquelle on ne participe pas, sauf avec le **consentement** de tous les participants à la communication. Un entretien auquel participe quelqu'un au sein de l'entreprise ou l'enquêteur lui-même peut toutefois être enregistré, sauf si le participant déclare vouloir préserver la confidentialité de l'entretien<sup>109</sup>. Ceci vaut pour tous les collaborateurs, y compris les travailleurs.

**63.** Il est cependant contesté que le consentement d'un collaborateur puisse constituer un fondement légal pour l'enregistrement d'un entretien téléphonique auquel on n'a pas participé. En outre, une partie de la doctrine est partagée aussi sur la question de savoir si l'autorité de l'employeur (art. 17 de la loi relative aux contrats de travail) constitue une base légale suffisante pour enregistrer des entretiens téléphoniques avec des travailleurs<sup>110</sup>.

**64.** Il est possible d'utiliser ultérieurement un entretien enregistré en temps réel à la condition que cela ne se fasse pas dans une intention frauduleuse ou dans le but de nuire. L'utilisation de l'enregistrement dans un rapport d'enquête sera en principe possible à la condition aussi que les « attentes raisonnables en matière de protection de la vie privée » du collaborateur soient respectées. Plus précisément, le collaborateur doit être suffisamment informé à propos de l'enregistrement, des circonstances dans lesquelles l'entretien est mené, etc<sup>111</sup>. Dans le cadre d'un entretien professionnel sur la cessation de la relation de travail, un travailleur peut par exemple s'attendre à ce que l'entretien soit enregistré (même s'il n'en a pas été informé)<sup>112</sup>.

**65.** Si une violation du droit à la protection de la vie privée a quand même été commise, le test Antigone peut encore rendre l'élément de preuve obtenu admissible. Un entretien téléphonique privé avec l'administrateur délégué enregistré (à son insu) par un travailleur après rupture du contrat, portant sur le paiement des heures supplémentaires, peut être utilisé au moyen du test Antigone (malgré la violation du droit à la protection de la vie privée). Dans ce cas toutefois, la preuve a dû être écartée, étant donné qu'une violation du droit à un procès équitable a été commise. L'entretien téléphonique avait pour but de discuter du décompte final (et non pour en décider). L'administrateur délégué n'était pas l'interlocuteur habituel du travailleur à propos des heures supplémentaires et ne disposait donc pas de toutes les informations essentielles. Il a même été jugé possible par le tribunal que le travailleur ait agi intentionnellement pour déclencher certains propos<sup>113</sup>.

**66.** Les critères Antigone ne constituent toutefois pas un sauf-conduit pour utiliser tout entretien téléphonique enregistré comme preuve en justice. Les anciens entretiens enregistrés par un travailleur (à l'insu de son employeur), transmis quatre ans après l'introduction de l'affaire devant le tribunal et cinq ans après la rupture du contrat sont peu fiables et constituent une violation du droit à un procès équitable. Il est impossible de vérifier si les enregistrements sont complets et/ou conformes à ce qui a été dit. Il est impossible pour l'interlocuteur de le savoir<sup>114</sup>.

**67.** Dans la pratique, il est également utile non seulement d'enregistrer un entretien, mais aussi de dresser une liste de tous les appels téléphoniques. Cela peut également contribuer aux preuves dans le cadre d'une enquête interne. Demander ultérieurement auprès d'un opérateur un relevé des appels enregistrés est, d'après une partie de la jurisprudence (plus ancienne), possible à la condition que l'employeur soit l'abonné. Un tel relevé peut, par exemple, démontrer qu'un GSM a été utilisé par un collaborateur à des fins privées alors que ce n'est pas autorisé par la politique de l'entreprise. Une certaine doctrine allègue toutefois que cela n'est pas légitime, sauf si le consentement de la partie intéressée a été obtenu<sup>115</sup>.

107. R. SAELENS, « Privacycommissie versoepelt houding bij e-mailcontrole op de werkplaats », *Juristenkrant*, 2012, n° 256.

108. Recommandation APD n° 08/2012 du 2 mai 2012, 29.

109. Art. 314bis du Code pénal ; S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 275 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1854.

110. Le cas échéant, un enregistrement peut être admis comme preuve pour des finalités commerciales ou dans un call center, après notification préalable (S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 277).

111. Art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; C.E.D.H., 3 avril 2007, n° 62617/00, Copland/Royaume-Uni ; C.E.D.H. 25 juin 1997, n° 20605/92, Halford/Royaume-Uni ; S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 275 et 280.

112. Cass., 9 septembre 2008 ; Cass., 17 novembre 2015, *R.A.B.G.*, 2016, 518, note de V. VERECKE ; Trib. trav. Anvers, 20 juin 2017, *Limb. Rechtsl.*, 2018, fasc. 4, 333 (résumé consulté sur Jura, <https://jura.kluwer.be/secure/documentview.aspx?id=rf300112986&sourceid=rf300112986>) (l'élément de preuve n'a finalement pas été accepté pour cause d'incitation) ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1854.

113. Trib. trav. Liège (div. Liège), 6 novembre 2020, *J.L.M.B.*, 2021, 676.

114. C. trav. Liège (div. Liège), 18 mars 2021, *J.T.T.*, 2021, 266 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1854.

115. W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1854.





**68.** Le contrôle d'un téléphone mis à disposition, pour abus de l'appareil à des fins privées, a été considéré comme une preuve obtenue illicitement. L'employeur a été choqué par une facture de Belgacom révélant que plusieurs appels téléphoniques avaient été effectués avec un numéro payant et a constaté que plusieurs communications téléphoniques personnelles avaient eu lieu et plusieurs sites internet consultés (à des fins non professionnelles). La Cour a estimé que la preuve n'avait pas été obtenue de manière transparente et proportionnelle du fait que le travailleur n'avait pas été préalablement informé. De plus, a estimé la Cour, la preuve n'est pas fiable.

D'autres travailleurs de l'entreprise avaient peut-être aussi utilisé le numéro de téléphone payant et il n'était donc pas possible d'établir avec certitude que le travailleur en question soit le seul à avoir effectué tous les appels<sup>116</sup>.

L'entreprise peut-elle consulter des fichiers sauvegardés par voie électronique sur l'ordinateur du collaborateur ?

**69.** L'information contenue dans les fichiers de l'ordinateur (qui ne sont pas des e-mails sauvegardés) n'est pas considérée comme une « communication » électronique. La CCT n° 81 (travailleurs) n'est donc pas applicable. Il n'empêche que ces fichiers sont bien soumis au droit à la protection de la vie privée<sup>117</sup> et que le critère des « attentes raisonnables en matière de protection de la vie privée » sera la référence pour tous les collaborateurs<sup>118</sup>, aussi bien les travailleurs salariés que les prestataires de services indépendants.

Lors de l'appréciation de ces attentes en matière de protection de la vie privée, divers éléments sont pris en considération dans la jurisprudence et la doctrine.

Si l'ordinateur est la propriété de l'entreprise, il sera plus facilement accepté que les fichiers soient examinés. Les principes de l'article 17 (droit à la surveillance) et 20 (mise à disposition de matériel) de la loi relative aux contrats de travail jouent un rôle de soutien à l'égard des travailleurs<sup>119</sup>. Pour le prestataire de services indépendant, son consentement (par exemple,

par la signature d'une politique) constituera un fondement pour la fouille de l'ordinateur de l'entreprise.

Le message clé est de mettre en avant des directives claires quant à l'utilisation d'un ordinateur professionnel à des fins privées dans une politique destinée à tous les collaborateurs<sup>120</sup>. Si les fichiers ne sont pas classés comme fichiers privés et/ne sont pas protégés par un mot de passe sur l'ordinateur de travail, il y a beaucoup moins voire aucune protection de la vie privée<sup>121</sup>. Assurément, si le travailleur ne supprime pas de son ordinateur portable et de son GSM sa documentation personnelle après son licenciement, il n'y aura pas violation de sa vie privée au cas où l'employeur en prend connaissance<sup>122</sup>.

L'entreprise peut-elle effectuer des recherches dans des sources ouvertes (internet, Facebook, etc.) ?

**70.** Pendant l'enquête interne, un enquêteur peut aussi effectuer des recherches sur l'intéressé dans des sources en ligne (Facebook, Twitter, Instagram, sites internet, extrait de la BCE, etc.).

Ce qu'un collaborateur publie dans ses temps libres, en dehors de l'exercice de son contrat de travail, sur une page LinkedIn ou Facebook, peut être librement consulté par autrui. Le collaborateur choisit lui-même dans ce cas de renoncer, dans une certaine mesure, à son droit à la vie privée<sup>123</sup>. Plus le collaborateur donne de la visibilité à son profil en ligne/à ses propos en ligne, plus il peut s'attendre à ce que d'autres (y compris l'entreprise) puissent en prendre connaissance et moins il peut invoquer le critère des « attentes raisonnables en matière de protection de la vie privée. » Dans une affaire introduite devant la Chambre contentieuse de l'Autorité de protection des données, une page de réseau social d'un fonctionnaire (sous contrat de travail) a été passée au crible. Finalement, le fonctionnaire en question a reçu une sanction disciplinaire parce que des propos publics négatifs sur les musulmans, les étrangers et les réfugiés avaient été retrouvés, datant d'avant son engagement. L'utilisation des propos sur les réseaux sociaux a été admise et a été traitée sur la base du fondement légale « exécution du contrat (de travail) »<sup>124</sup>.

116. C. trav. Mons, 10 juin 2015, *J.T.T.*, 2016, 77 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1868.  
 117. C. trav. Bruxelles, 3 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, 262 ; C. trav. Mons, 8 décembre 2010, *Chr. D.S.*, 2011, 399, note O. RIJCKAERT ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1859, n° 1863 et n° 1882.  
 118. N. ROLAND, « La CCT n° 81 et le contrôle des données de communication électroniques en réseau : que reste-t-il de nos 20 ans ? », *Orientations*, 2022, (2) 4, n° 6 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1882.  
 119. C. trav. Bruxelles, 14 octobre 2011, *J.T.T.*, 2012, 171 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1882.  
 120. C. trav. Bruxelles, 3 mai 2006, *J.T.T.*, 2006, 262 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1882.  
 121. C. trav. Liège, 17 novembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, 1164 ; C. trav. Gand, 27 juin 2016, *T.P.P.*, 2017, 21, note P. GRYFFROY.  
 122. C. trav. Anvers (div. Hasselt), 15 novembre 2016, *R.W.*, 2017-18, 184 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1859.  
 123. S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 226.  
 124. Chambre contentieuse 06/2021, 28 janvier 2021, [www.autoriteprotectiondonnees.be](http://www.autoriteprotectiondonnees.be) ; A. DESMADRYL, J. DEVOS et I. VERHELST, « Vijf jaar GDPR : invloed op de arbeidsrelatie en het personeelsbeleid (deel 1) », *Oriëntatie*, 2023, (200) 214.



Pendant l'enquête interne, l'enquêteur évaluera le droit à la vie privée de l'intéressé au regard du caractère « public » de ses mentions sur des sites web ou réseaux sociaux.

Si un collaborateur exerce, par exemple, publiquement une activité personnelle et que l'enquêteur découvre qu'il a fondé une société ouvertement reprise dans la BCE et qu'un site web révèle que l'intéressé (par exemple, pendant les heures normales convenues dans le contrat) exécute des activités frauduleuses, l'entreprise peut contrôler « légitimement » cette information. Étant donné que le collaborateur fait lui-même beaucoup de publicité autour de sa nouvelle activité, il ne peut invoquer le droit à la vie privée.

### 2.3.3.5. Meilleures pratiques

**71.** Mieux vaut prendre en compte les directives suivantes lors d'un contrôle des communications électroniques :

- 1) Définissez les objectifs avant de procéder à un contrôle des e-mails et de l'utilisation d'internet en conformité avec la CCT n° 81 (travailleurs) et le droit à la vie privée (tous les collaborateurs).
- 2) Respectez les formalités prévues dans la CCT n° 81 (travailleurs) et découlant du droit à la vie privée (tous les collaborateurs) (obligation d'information individuelle et collective, procédure en matière d'individualisation de la CCT n° 81, etc.).
- 3) Prévoyez dans la politique ou le règlement de travail des directives au sujet de l'utilisation privée des moyens de communication professionnels, du classement des e-mails et fichiers dits « privés », de l'utilisation du disclaimer « privé » dans un objet d'e-mails et imposez, le cas échéant, des comptes e-mail séparés pour les finalités privées et les finalités professionnelles.
- 4) Motivez le respect de la législation, du principe de légalité, de finalité, de transparence et de proportionnalité dans le rapport d'enquête.

**72.** Dans la suite de cet article, vous en saurez plus sur d'autres mesures d'enquête, la finalisation de l'enquête (avec un rapport d'enquête bien rédigé), l'évaluation de la valeur probante et bien plus encore.

### 2.3.4. Contrôle de sortie et contrôle des biens

**73.** Les contrôles d'accès et de sortie sont en général régis par la loi sur le gardiennage du 2 octobre 2017<sup>125</sup>. Cette loi comprend les obligations concernant les entreprises de gardiennage, les agents de gardiennage, les activités de gardiennage, etc.

Certaines entreprises (principalement) plus grandes peuvent envisager de faire appel à des agents de gardiennage pour un contrôle de sortie.

#### 2.3.4.1. Contrôle des collaborateurs : qu'est-ce qui est permis ?

Conditions strictes

**74.** La CCT n° 89 s'applique spécifiquement pour le contrôle des biens des travailleurs en vue de prévenir ou de constater la soustraction de biens dans l'entreprise. La CCT n° 89 autorise l'exécution de contrôle de sortie à l'égard des travailleurs uniquement pour prévenir ou constater d'éventuels vols de biens de l'entreprise par des travailleurs, dans le cadre de la surveillance de la sécurité (**principe de finalité et de légalité**). Tout autre motif de contrôle de sortie n'est donc légalement pas admis<sup>126</sup>. Les contrôles doivent en plus être exercés de manière **proportionnée**. S'il existe d'autres moyens de prévention de vol qui seraient moins intrusifs quant à la vie privée des travailleurs, ceux-ci doivent être privilégiés<sup>127</sup>.

**75.** Sont possibles, soit des contrôles systématiques par le biais de moyens de détection techniques ou électroniques (à la condition que le ministre des Affaires intérieures donne une autorisation temporaire et renouvelable à cette fin lors d'une demande des agents de gardiennage et que l'autorisation du conseil d'entreprise<sup>128</sup> soit obtenue<sup>129</sup>), soit des contrôles par échantillonnage ou motivés par des suspicions matérielles effectués par des agents de gardiennage agréés<sup>130</sup>. Dans le contexte d'une enquête interne au sein de l'entreprise, c'est cette deuxième catégorie de contrôle de sortie qui surviendra.

**76.** Les biens du travailleur peuvent être contrôlés<sup>131</sup> par **échantillonnage** (par exemple, tous les travailleurs ou quelques départements, si le consentement collectif ressort d'un rapport de l'organe de concertation

125. Loi du 2 octobre 2017 réglementant la sécurité privée et particulière, *M.B.*, 31 octobre 2017 (ci-après loi du 2 octobre 2017).

126. Art. 107 de la loi du 2 octobre 2017 ; art. 4 de la CCT n° 89 du 30 janvier 2007 concernant la prévention des vols et les contrôles de sortie des travailleurs quittant l'entreprise ou le lieu de travail (ci-après CCT n° 89) ; S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 308 ; N. VANGHELuwe et N. THOLEN, « Nieuwe regels voor uitgangscntroles op het werk », *Oriëntatie*, 2007, (155) 156 et 158.

127. Art. 5 de la CCT n° 89 ; N. VANGHELuwe et N. THOLEN, « Nieuwe regels voor uitgangscntroles op het werk », *Oriëntatie*, 2007, (155) 158.

128. Ou, à défaut, la délégation syndicale ou, à défaut, les travailleurs.

129. Il faut motiver cette demande en soulignant qu'aucune autre mesure moins intrusive n'a pu atteindre l'objectif visé (N. VANGHELuwe et N. THOLEN, « Nieuwe regels voor uitgangscntroles op het werk », *Oriëntatie*, 2007, (155) 157).

130. Art. 6. de la CCT n° 89 ; W. VAN ECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1918 ; N. VANGHELuwe et N. THOLEN, « Nieuwe regels voor uitgangscntroles op het werk », *Oriëntatie*, 2007, (155) 158.

131. S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 309.



sociale ou de l'indication de ce contrôle dans le règlement de travail<sup>132</sup>) ou en cas de **suspensions raisonnables de vol** (avec le consentement individuel du travailleur)<sup>133</sup>. Seuls les biens qui sont volontairement présentés par le travailleur, que le travailleur porte sur lui et/ou qui se trouvent dans une voiture utilisée par le travailleur peuvent être contrôlés. Le travailleur ne peut donc pas être fouillé<sup>134</sup>. Tous les constats sont communiqués par écrit<sup>135</sup>. Les travailleurs doivent être mis au courant d'un contrôle de sortie possible au plus tard au moment où ils pénètrent dans les locaux de l'entreprise<sup>136</sup>.

**77.** Les non-salariés ne relèvent pas du champ d'application de la CCT n° 89. Les contrôles de sortie par échantillonnage et d'autres contrôles sur la base d'indices matériels concrets de vol sont par conséquent possibles moyennant l'obtention de leur consentement<sup>137</sup> et l'absence de violation disproportionnée de la vie privée du non-salarié.

**78.** Si les collaborateurs ne souhaitent pas donner leur consentement pour un contrôle ciblé ou ne coopèrent pas au contrôle, les services de police peuvent être contactés. Il est également recommandé de contacter les services de police si le contrôle révèle qu'un délit a été commis.

## Contrôle des effets

**79.** D'autres actes d'enquête que les contrôles « de sortie » stricts visés ci-dessus, par exemple le contrôle d'un casier personnel du collaborateur au travail, ne sont possibles que moyennant respect du droit à la vie privée du collaborateur<sup>138</sup>.

**80.** Cela signifie en l'occurrence que l'enquêteur doit veiller à ce qu'un objectif légitime soit présent (comme la protection des travailleurs ou des biens de l'entreprise)<sup>139</sup>. De même, l'entreprise doit élaborer et introduire au préalable une politique claire (de préférence dans le règlement de travail en ce qui concerne les travailleurs et de manière plus générale, dans une politique pour les non-salariés), pour que les parties concernées soient informées, en toute transparence,

de la possibilité de contrôle des casiers et qu'elles aient donné leur consentement à cette fin (de manière au moins implicite, mais claire et incontestable)<sup>140</sup>.

**81.** Enfin, le contrôle doit également être proportionné<sup>141</sup>. L'enquêteur n'est pas autorisé à exécuter de tels contrôles du jour au lendemain. Chaque contrôle devra être dicté par une infraction présumée, par exemple le fait que le collaborateur introduit de la drogue sur le lieu de travail ou aliène des biens de l'entreprise. Dans la pratique, une telle suspicion peut naître d'un comportement suspect de la part du collaborateur ou de signalements (anonymes) de collègues ou de tiers.

## Formalités

**82.** À la fois les travailleurs (dans le règlement de travail)<sup>142</sup> et les organes de concertation sociale<sup>143</sup> (préalablement à l'introduction) doivent être informés des contrôles de sortie<sup>144</sup>. Les prestataires de services indépendants qui peuvent aussi être contrôlés à la sortie signent une politique indiquant leur consentement.

Pour étayer un rapport interne bien établi et dans le respect du droit de défense, il est recommandé de rédiger un constat écrit après le contrôle et de remettre celui-ci au prestataire de services indépendant.

**83.** Mieux vaut inscrire également les contrôles, autres que le contrôle de sortie, dans une politique (règlement de travail pour les travailleurs ou via des accords contractuels avec les non-salariés).

### 2.3.4.2. Meilleures pratiques

**84.** Mieux vaut prendre en compte les directives suivantes concernant les contrôles de sortie :

- Définissez et examinez l'intérêt de l'entreprise d'introduire un contrôle de sortie.
- Respectez les formalités prévues dans la CCT n° 89 (travailleurs) et découlant du droit à la vie privée (non-salariés) (obligation d'information, règles de concertation sociale, évaluation du système de contrôle, etc.).

132. Ou à défaut d'organe de concertation sociale, par indication dans le règlement de travail ou dans une convention collective d'entreprise (art. 6 de la CCT n° 89 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1920 ; N. VANGHELuwe et N. THOELen, « Nieuwe regels voor uitgangsccontroles op het werk », *Oriëntatie*, 2007, (155) 160-161.

133. Art. 8. de la CCT n° 89 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1921 ; N. VANGHELuwe et N. THOELen, « Nieuwe regels voor uitgangsccontroles op het werk », *Oriëntatie*, 2007, (155) 156-157 et 160.

134. Art. 107, 2° de la loi du 2 octobre 2017 ; art. 6 de la CCT n° 89 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1921 ; N. VANGHELuwe et N. THOELen, « Nieuwe regels voor uitgangsccontroles op het werk », *Oriëntatie*, 2007, (155) 157 et 159.

135. Art. 10 de la CCT n° 89 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1922 ; N. VANGHELuwe et N. THOELen, « Nieuwe regels voor uitgangsccontroles op het werk », *Oriëntatie*, 2007, (155) 161.

136. Art. 107, 4° de la loi du 2 octobre 2017 ; N. VANGHELuwe et N. THOELen, « Nieuwe regels voor uitgangsccontroles op het werk », *Oriëntatie*, 2007, (155) 156.

137. Art. 170, 4° de la loi du 2 octobre 2017 ; N. VANGHELuwe et N. THOELen, « Nieuwe regels voor uitgangsccontroles op het werk », *Oriëntatie*, 2007, (155) 157.

138. W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1921.

139. N. VANGHELuwe et N. THOELen, « Nieuwe regels voor uitgangsccontroles op het werk », *Oriëntatie*, 2007, (155) 162-163.

140. Voir cependant ci-dessus n° 23 sur le fondement juridique douteux du consentement dans une atmosphère sociale.

141. N. VANGHELuwe et N. THOELen, « Nieuwe regels voor uitgangsccontroles op het werk », *Oriëntatie*, 2007, (155) 164.

142. Une procédure simplifiée est appliquée pour l'incorporation de cette obligation d'information dans le règlement de travail (art. 14, 2°, t, de la loi instituant les règlements de travail).

143. Le conseil d'entreprise, ou à défaut, le comité pour la prévention et la protection au travail, ou à défaut, la délégation syndicale, ou à défaut les travailleurs.

144. Art. 7. de la CCT n° 89 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1921.



- Respectez la vie privée du collaborateur (par exemple, en limitant dans le temps la durée du contrôle, en contrôlant le collaborateur hors de la vue de tiers, (si applicable) en obtenant le consentement individuel, etc.).
- Communiquez tous les constats par écrit à la personne intéressée.
- Mentionnez dans le rapport d'enquête la manière dont le contrôle a été réalisé, en expliquant en quoi les principes de finalité, de proportionnalité et de transparence ont été garantis.

### 2.3.5. Système « track and trace »

**85.** Une entreprise souhaite parfois vérifier l'emploi du temps de son collaborateur (travailleur ou prestataire de services indépendant) lorsque celui-ci effectue des prestations en dehors de l'entreprise. Cela peut se faire par l'installation d'un système « track and trace » dans un véhicule d'entreprise. Est-ce autorisé ?

#### 2.3.5.1. Contrôle des collaborateurs : qu'est-ce qui est permis ?

Conditions strictes

**86.** L'instauration d'un système « track and trace » dans l'entreprise n'est pas soumise à une législation/réglementation spécifique. Les principes généraux de la législation relative à la vie privée sont dès lors d'application.

**87.** Tout d'abord, un objectif légitime doit être présent (**principe de finalité**). On peut penser à l'optimisation d'un processus de livraison au sein d'une entreprise ainsi qu'à l'association d'effets (positifs) à une livraison plus rapide, tout comme une confirmation des soupçons d'abus (par exemple en matière de temps de travail) ou à la garantie de la sécurité du collaborateur<sup>145</sup>. Dans un (ancien) avis de la Commission de la protection de la vie privée, ces objectifs ont été acceptés comme légitimes<sup>146</sup>.

**88.** Pour traiter les données à caractère personnel des collaborateurs via le système « track and trace », le consentement (non-salariés) ou l'intérêt légitime de l'employeur (travailleurs) pourra fournir une base possible (**principe d'admissibilité**)<sup>147</sup>.

**89.** Ensuite, l'utilisation du système « track and trace » devra se faire de manière **proportionnée**. L'entreprise doit pouvoir motiver qu'il n'existe aucune possibilité alternative respectueuse de la vie privée pour obtenir le même résultat. Si les systèmes « track and trace » sont les seules options pour l'entreprise, celle-ci doit exécuter des contrôles ciblés<sup>148</sup> et veiller à ce que le traçage soit effectué uniquement pendant les heures de travail ou les heures convenues dans le contrat et pas en dehors de celles-ci ni pendant le week-end (pensez aux voitures de société qui peuvent être utilisées à des fins privées)<sup>149</sup>. Seul le lieu des déplacements professionnels peut être enregistré durant la période de prestation de travail<sup>150</sup>.

La jurisprudence accepte toutefois qu'un système « track and trace » soit utilisé par une entreprise de taxis dans le but d'envoyer le plus rapidement possible un taxi aux clients (dispatching)<sup>151</sup>, mais qu'il y a bien une violation de la vie privée si un tel système est installé sans le consentement et à l'insu d'un travailleur dans la voiture personnelle de ce travailleur<sup>152</sup>.

Une autre affaire devant la Cour du travail concernait un représentant de commerce qui travaillait à mi-temps pour la concurrence et chez lequel une forte diminution du chiffre d'affaires avait été constatée après le contrôle du système track and trace installé dans la voiture de société. L'élément de preuve avait été obtenu légalement puisque le travailleur avait été informé du système « track and trace » et avait donné son accord pour celui-ci. Il existait en effet une clause dans la car policy adaptée et le règlement de travail avait été correctement modifié. De plus, le travailleur pouvait désactiver le système dans la voiture de société<sup>153</sup>.

Formalités

**90.** Puisqu'un système « track and trace » a un impact important sur l'organisation et les conditions de travail des travailleurs (il sera également considéré, dans certains cas, comme l'introduction d'une nouvelle technologie<sup>154</sup>), le conseil d'entreprise devra être informé et consulté pour émettre un avis. En l'absence

145. S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 288.

146. Avis de la Commission de la protection de la vie privée n° 12/2005 du 7 septembre 2005, 4.

147. S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 288.

148. Avis de la Commission de la protection de la vie privée n° 12/2005 du 7 septembre 2005, 5 ; T. MESSIAEN, *Navigatiesystemen en privacy*, *N.J.W.*, 2007, (338) 340.

149. À moins que l'objectif du système « track and trace » soit la prévention des vols (S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 289 ; T. MESSIAEN, « Navigatiesystemen en privacy », *N.J.W.*, 2007, (338) 342, n° 21).

150. Chambre contentieuse 15/2023, 21 février 2023, <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-15-2023.pdf> ; Trib. trav. Anvers (div. Malines), le 13 février 2015, *Chr. D.S.*, 2015, 18 ; C. trav. Gand, 14 novembre 2011, *Chr. D.S.*, 2015, 17 ; T. MESSIAEN, « Navigatiesystemen en privacy », *N.J.W.*, 2007, (338) 341.

151. C. trav. Bruxelles, 18 novembre 2004, *J.T.T.*, 2005, 145 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1925.

152. C. trav. Gand (div. Gand), 2 mars 2016, *T.G.R.*, 2016, 312 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1925.

153. C. trav. Mons, 14 novembre 2017, *J.T.T.*, 2018, 266 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1925.

154. CCT n° 39 du 13 décembre 1983 concernant l'information et la concertation sur les conséquences sociales de l'introduction des nouvelles technologies.





d'un conseil d'entreprise, la délégation syndicale doit être informée<sup>155</sup>.

**91.** Une entreprise devra informer les collaborateurs<sup>156</sup> de l'installation d'un tel système de traçage dans la voiture de société ainsi que des règles applicables quant à qui est soumis au contrôle, la durée du traçage, les suspicions (d'infractions) pouvant donner lieu à un contrôle, et la procédure à suivre après constat d'une infraction lors d'un contrôle (**principe de transparence**). Ceci doit être prévu dans le règlement de travail parce que c'est une méthode destinée au contrôle du travail et/ou à la détermination du salaire et/ou susceptible d'avoir un impact sur les droits et obligations du personnel de surveillance (travailleurs)<sup>157</sup>. Plus généralement, cette information à propos du système de traçage peut aussi être consignée dans une politique sur l'utilisation de la voiture de société (tous les collaborateurs).

Dans la jurisprudence, on a estimé qu'une phrase reprise dans le règlement de travail, à savoir « tous les véhicules sont protégés avec un système de traçage GPS » ne vaut pas comme information suffisante au travailleur. Il a également été estimé que si rien n'est repris dans le règlement de travail à propos du système « track and trace », que le travailleur pouvait aussi être contrôlé en dehors des heures de travail par le biais du système ou que le système ne pouvait pas être désactivé, le principe de proportionnalité a été ignoré<sup>158</sup>.

### 2.3.5.2. Meilleures pratiques

**92.** Mieux vaut prendre en compte les directives suivantes concernant les systèmes « track and trace » :

- Déterminez les objectifs pour l'installation du système « track and trace », avec respect du droit à la vie privée.
- Respectez les formalités découlant du droit à la vie privée (règles de concertation sociale (travailleurs), information (collaborateurs), etc.).
- Veillez à ce que le système « track and trace » puisse être désactivé dans certaines circonstances et durant des heures bien déterminées.
- Motivez le respect du principe de finalité, d'admissibilité, de transparence et de proportionnalité dans le rapport d'enquête.

### 2.3.6. Entretien avec l'intéressé

**93.** À l'issue de tous les actes d'enquête, l'enquêteur confronte l'intéressé aux résultats de l'enquête à ce moment-là et aux constats concrets à ce sujet. Cela donne l'occasion à l'intéressé de se défendre. L'intéressé n'est pas tenu de répondre à une convocation à l'audition. Si c'est le cas, l'enquêteur le mentionne dans le rapport d'enquête et en déduit que l'intéressé n'est pas prêt à coopérer à l'enquête. Dans quelques cas, il peut être indiqué de ne pas procéder à l'audition et de garder un certain effet de surprise en confrontant tout à coup l'intéressé aux résultats de l'enquête interne (voir ci-dessous n° 101).

**94.** Aucun cadre strict n'est élaboré pour l'exécution d'une audition dans le cadre d'une enquête d'entreprise. Pendant le Conseil des ministres du 14 juillet 2023, un avant-projet de loi a été approuvé pour modifier l'actuelle loi du 19 juillet 1991 en matière de détectives privés.

En l'absence d'accès au texte de l'avenant-projet de loi final au moment de la rédaction de cet article, nous ne pouvons évaluer si cette loi donnera des directives à propos de la conduite d'un interrogatoire par des détectives privés<sup>159</sup>. Ceci peut en effet servir de source d'inspiration pour une enquête interne menée par l'entreprise.

**95.** En l'absence d'un cadre légal spécifique, nous rabattons sur les grandes lignes d'une audition pénale. La règle la plus importante est qu'aucune contrainte (disproportionnée) n'est exercée sur le collaborateur entendu en question. Cela porte en effet préjudice à la force probante de l'audition organisée. L'assistance d'un avocat et/ou d'un délégué syndical de la personne entendue ou la possibilité de consultation ultérieure est dès lors, à cet égard, un atout majeur et dans certaines circonstances, obligatoire.

Lors d'une audition pénale, la partie lésée, la victime, le déclarant ou le témoin ont droit à l'assistance d'un avocat. Ils doivent cependant en prendre eux-mêmes l'initiative. Les suspects qui ne sont pas privés de leur liberté et sont auditionnés pour des délits pour lesquels aucune peine privative de liberté ne peut être infligée prennent aussi contact eux-mêmes avec un avocat s'ils souhaitent une assistance. En ce qui concerne les suspects qui ne sont pas privés de leur liberté et sont entendus pour des délits passibles d'une peine

155. S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 290 ; S. RENETTE et D. DE BOT, « Het aanwenden van een geolocalisatiesysteem in het kader van de arbeidsovereenkomst », *Oriëntatie* 2005, (205) 214-215.  
 156. C. trav. Gand (div. Gand), 2 mars 2016, *T.G.R.*, 2016, 312 (le juge a même souligné que le consentement du travailleur est requis) ; S. DE SMEDT et M. CAPRONI, *Praktische gids privacy in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2019, 289.  
 157. Art. 6, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> et 5<sup>o</sup> de la loi instituant les règlements de travail ; Trib. trav. Anvers (div. Malines), 13 février 2015, *Chr. D.S.*, 2015, 18 ; S. RENETTE et D. DE BOT, « Het aanwenden van een geolocalisatiesysteem in het kader van de arbeidsovereenkomst », *Oriëntatie*, 2005, (205) 214.  
 158. C. trav. Gand, 14 novembre 2011, *Chr. D.S.*, 2015, 17 ; Trib. trav. Anvers (div. Malines), 13 février 2015, *Chr. D.S.*, 2015, 18 ; W. VAN EECKHOUTTE et V. NEUPREZ, *Compendium social Droit du travail 2023-2024*, Malines, Wolters Kluwer, 2023, n° 1925.  
 159. Révision de la législation relative à la profession de détective privé | News.belgium (consultée le 5 août 2023).



privative de liberté, il doit être consigné dans une déclaration écrite, avant la première audition, qu'ils ont droit à l'assistance d'un avocat et doivent prendre à cette fin eux-mêmes les mesures nécessaires. Les suspects qui sont privés de leur liberté ont le droit, sans report inutile de l'audition, de consulter un avocat de leur choix ou un avocat qui leur est désigné<sup>160</sup>.

Aucunes règles strictes ne sont appliquées en cas d'audition non pénale. Le travailleur a droit à l'assistance d'un délégué syndical s'il introduit lui-même une plainte individuelle, mais pas s'il est impliqué dans une enquête interne. Dans ce cas, c'est l'entreprise qui prend librement la décision<sup>161</sup>. Certains secteurs prévoient aussi une assistance obligatoire d'un membre de la délégation syndicale dans le cadre de la cessation du contrat de travail. Cela doit aussi être pris en compte.

**96.** Outre la communication obligatoire des faits dont la personne en question est suspectée, elle doit être informée des choses suivantes préalablement à l'audition et dans une invitation écrite<sup>162</sup> : de sa qualité de suspect, le cas échéant, de son droit à l'assistance d'un avocat/d'un délégué syndical/d'une personne de confiance, du droit de se taire, du droit d'aller et venir à tout moment, du fait qu'elle ne peut être contrainte de s'accuser elle-même, que ses déclarations peuvent être utilisées comme preuve, du droit d'acter toutes les questions et réponses dans les termes utilisés, du droit de demander qu'il soit procédé à un acte d'information ou à l'audition d'autres personnes, du droit d'utiliser des documents en sa possession (sans report d'audience) et du droit de demander que ceux-ci soient joints au procès-verbal de l'audience.

**97.** Parce que les éléments ci-dessus sont plutôt des approches formalistes et qu'une enquête interne n'est pas la même chose qu'une audition pénale, nous recommandons l'approche pratique suivante :

- 1) Invitez l'intéressé par e-mail/courrier à un entretien.
- 2) Offrez à l'intéressé l'assistance d'une personne de confiance ou d'un délégué syndical.
- 3) Mentionnez dans le rapport de l'entretien les éléments suivants :
  - date et heure de l'audition ;
  - identité des personnes présentes (attention : veillez à ce qu'aucune partie compétente en matière de licenciement n'assiste à l'audition, voir aussi ci-dessus, n° 9) ;

- court résumé des faits/constats et objet de l'entretien (par exemple, collecte d'informations factuelles pour l'enquête).
- 4) Rédigez le rapport de l'entretien dans la bonne langue, en conformité avec les règles en matière d'usage des langues pour les relations sociales entre employeurs et travailleurs. Si le siège d'exploitation<sup>163</sup> de l'entreprise se situe dans la région de langue néerlandaise/française/allemande, le rapport doit être rédigé respectivement en néerlandais/français/allemand. Si le siège d'exploitation de l'entreprise se situe dans l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale/Région de Bruxelles-Capitale, le rapport doit être rédigé en néerlandais ou en français, selon la langue qui est parlée par le travailleur<sup>164</sup>. En fonction de la région linguistique dans laquelle se trouve le siège d'exploitation, le non-respect de ces règles en matière d'emploi des langues aura des conséquences différentes<sup>165</sup>.
  - 5) Un enregistrement de l'audition est autorisé sur la base de l'article 314bis du Code pénal. Mieux vaut le consigner dans le rapport de l'entretien.
  - 6) Transmettez le rapport par e-mail à l'intéressé en lui demandant d'y apporter des compléments d'information, des éventuelles corrections et de marquer son approbation (par la signature du rapport). Consignez explicitement dans le rapport que l'intéressé confirme avoir eu le temps nécessaire pour parcourir ce rapport en détail et le cas échéant, pour contacter un avocat.
  - 7) Fixez un délai concret pour la remise des éventuelles remarques afin de pouvoir clôturer l'enquête.

Que le collaborateur en question soit actif en tant que travailleur salarié ou prestataire de services indépendant, les meilleures pratiques sont d'application.

## 3. Finalisation de l'enquête

### 3.1. Rapport détaillé

**98.** Lors de la finalisation de l'enquête, l'enquêteur rédige un large rapport détaillé. Les annexes pertinentes étayant les résultats de la recherche y sont jointes.

160. M. BOCKSTAELE, « Verhoren », OSS 2019, fasc. 92, (1) 25-39.

161. C. MAIRY et E. PLASSCHAERT, *Délégation syndicale*, Malines, Kluwer, 2023, 33 et 35-36.

162. Art. 47bis, § 1<sup>er</sup> et 2 du Code d'instruction criminelle 17 novembre 1808 – livre premier, M.B., 27 novembre 1808 (ci-après C.i. cr.).

163. Un siège d'exploitation est le lieu où le travailleur est en contact avec l'employeur, reçoit des instructions, rend compte, etc. (K. AERTS et K. COENEN, « Taalgebruik in arbeidszaken : cherry picking of lost in translation », *Oriëntatie*, 2021, (2) 4).

164. AERTS et K. COENEN, « Taalgebruik in arbeidszaken : cherry picking of lost in translation », *Oriëntatie*, 2021, (2) 2-3.

165. Une violation de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative entraîne le remplacement du document (établi dans la mauvaise langue) par le document rédigé dans la bonne langue avec effet rétroactif. En revanche, une violation du décret sur la langue néerlandaise et la langue française a pour conséquence que les documents nuls sont certes encore traduits, mais cette traduction n'a d'effet que pour l'avenir. En d'autres termes, les documents écrits dans une langue étrangère ne sont opposables qu'à partir du moment où ils sont rédigés en néerlandais/français (voir aussi pour de plus amples informations : K. AERTS et K. COENEN, « Taalgebruik in arbeidszaken : cherry picking of lost in translation », *Oriëntatie*, 2021, (2) 5-6).



**99.** Afin de maximiser la valeur probante du rapport d'enquête, il importe d'utiliser une structure mûrement réfléchie. Un juge qui se voit présenter le rapport d'enquête doit pouvoir le comprendre comme un ensemble cohérent, sans références à d'autres documents. L'Institut belge des auditeurs de fraude (IFA) a développé à cette fin une norme d'audit judiciaire utile, la Forensic Audit Standard (version du 17 janvier 2023) qui propose la structure suivante pour le rapport d'enquête :

- 1) le contexte, le motif et les objectifs de l'enquête ;
- 2) l'objet et la portée de l'enquête ;
- 3) dans la mesure où elles sont pertinentes, les limitations de l'enquête (par exemple, « aucune enquête menée sur les faits A, B, C en raison du motif X ») ;
- 4) les informations disponibles ;
- 5) une chronologie des actions et des méthodes d'enquête qui ont été utilisées ; et
- 6) les conclusions factuelles.

**100.** Il est encore une fois souligné, à toutes fins utiles, que le rapport d'enquête doit être objectif et impartial et ne peut permettre à l'enquêteur de tirer des conclusions quant aux qualifications juridiques ou pénales des faits. L'enquêteur se limite aux faits, basés sur les différents résultats de l'enquête.

Le but est effectivement de remettre ce rapport à la personne au sein de l'entreprise qui décidera des conséquences de l'enquête interne. C'est pourquoi, les éventuels projets de rapports ne sont jamais transmis à l'avance à cette personne, au regard des éventuels délais de prise de décision à respecter (voir ci-dessus, n° 5).

**101.** Conformément aux recommandations de la Forensic Audit Standard de l'IFA, les directives suivantes (non limitatives) sont prises en compte lors de l'établissement d'un rapport d'enquête :

- La mission de l'enquête interne est soigneusement décrite en indiquant quelles « accusations », « suspicions » ou quels indicateurs d'alerte seront examinés en détail. Il est explicitement confirmé qu'il s'agit d'une enquête sur les faits.
- La personne ou entité qui commande l'enquête est explicitement désignée dans le rapport d'enquête. Il peut s'agir de l'entreprise, mais aussi d'une société mère ou d'un actionnaire. Le rapport d'enquête mentionne également qui y a accès et à qui il est destiné.
- On indique dans quelle mesure certaines informations font défaut pour confirmer ou infirmer certaines accusations.
- L'enquête se limite aux faits et évite les conclusions juridiques (sans quoi, on crée la perception que l'enquête est réalisée pour apporter des preuves « contre » une personne déterminée). On décrit également la crédibilité des déclarations.

- Selon les circonstances (par exemple effet de surprise, délais légaux (de trois jours)), il peut être recommandé de confronter l'intéressé aux résultats de l'enquête et de s'enquérir de son point de vue. Le cas échéant, ce point de vue est pris en compte dans le rapport d'enquête avec évaluation de sa crédibilité.
- Dans la mesure où cette preuve est obtenue de manière illicite (au mépris de certaines politiques ou procédures), ceci est mentionné explicitement dans le rapport d'enquête. De même, il faut motiver les raisons pour lesquelles on prend néanmoins cette preuve en compte dans le rapport d'enquête et en quoi sa fiabilité n'est pas compromise.
- Un inventaire de tous les documents consultés (et datés) est joint au rapport d'enquête.
- Le rapport d'enquête ne doit contenir aucune faute de frappe ou autre faute matérielle. Non seulement cela serait un manque de professionnalisme, mais cela pourrait également nuire à la crédibilité du rapport d'enquête.
- L'intéressé (la partie présumée responsable) est cité de manière neutre dans le rapport d'enquête sans que la nomination puisse révéler des préjugés ou une quelconque partialité (par exemple, « Monsieur X », ou « l'intéressé » au lieu du « fraudeur »).

## 3.2. Droit au contradictoire

**102.** Une fois que tous les actes d'enquête sont posés (y compris la réalisation d'un éventuel interrogatoire de l'intéressé) et que le rapport d'enquête est définitif, mieux vaut inviter l'intéressé à prendre connaissance du rapport pour qu'il puisse former un contredit. Si cela a déjà été fait en une fois, pendant l'entretien avec l'intéressé, il est inutile de le refaire quand on boucle l'enquête.

L'entreprise laisse une trace écrite de cette communication du rapport final à l'intéressé, puis propose une brève échéance raisonnable pour formuler des remarques.

Dans certains cas, seule une partie du rapport est transmise et non le rapport dans son entièreté. Cela dépend du contenu des éléments de preuve recueillis. Si, par exemple, des témoignages ont été cités dans le rapport d'enquête et que les témoins, malgré leur anonymisation, peuvent être clairement identifiés, mieux vaut ne pas encore reprendre ces déclarations, à la lumière de la confidentialité de l'enquête.

## 3.3. Valeur probante

**103.** Pour que le juge puisse aboutir à une conviction qui exclut tout doute raisonnable, l'entreprise doit s'appuyer sur un ou plusieurs éléments de preuve (des témoignages, des écrits, etc.). Ensuite, le juge apprécie



(en principe) chaque fois souverainement la valeur probante de ces preuves. La valeur probante est définie à l'article 8,1, 14°, du Code civil comme la mesure dans laquelle un élément de preuve convainc le juge. Il s'agit de la force de persuasion d'un élément de preuve<sup>166</sup>.

Le juge doit toutefois tenir compte du type de moyen de preuve qui est avancé par la partie requérante.

Si certains moyens de preuve ont une valeur probante légale (à savoir l'acte authentique et l'acte sous seing privé), il existe des présomptions réfutables et irréfutables, et l'aveu extrajudiciaire a lui aussi une valeur probante particulière.

**104.** Dans l'ancien droit (antérieur au 1<sup>er</sup> novembre 2020), le degré de preuve n'était pas réglé par la loi. La Cour de cassation exigeait généralement une « preuve certaine »<sup>167</sup>. Ce terme a ensuite été interprété dans la doctrine comme un « degré raisonnable de certitude » parce qu'il ne s'agirait pas d'une certitude scientifique ou absolue. Aux termes du nouveau droit civil en matière de preuve (intégré par le biais du nouveau Livre 8 C. civ.), le législateur prescrit actuellement que la preuve doit être fournie « avec un degré raisonnable de certitude »<sup>168</sup>. Dans les travaux parlementaires, il est ensuite précisé qu'il ne s'agit donc pas d'une certitude à 100 %, mais d'une « conviction qui exclut tout doute raisonnable »<sup>169</sup>.

**105.** De plus, le législateur accepte actuellement que la preuve soit fournie par vraisemblance dans le cas (1) d'un fait négatif ou, (2) d'un fait positif dont, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine<sup>170</sup>.

En vertu des règles pénales en matière de preuve, la présomption d'innocence est un principe central<sup>171</sup>. Il revient donc au ministère public ou à la partie lésée de rompre cette présomption. Dans les affaires pénales, le degré de preuve est légalement fixé à l'article 326 du Code d'instruction criminelle qui prévoit que l'accusé doit être coupable « au-delà de tout doute raisonnable » des faits qui lui sont incriminés.

### 3.4. Régime de la charge de la preuve applicable

**106.** Aux termes du droit belge, il existe à la fois des règles en matière de charge de la preuve en droit pénal et des règles en matière de charge de la preuve en

droit civil. Si l'on porte une action civile (en indemnisation) devant le juge sur la base d'une faute civile, les règles de droit civil en matière de charge de la preuve s'appliqueront.

Pour le droit du travail plus spécifiquement (preuve de fraude commise par des travailleurs), c'est le principe de la libre preuve qui s'applique et il n'existe aucune hiérarchie des moyens de preuve<sup>172</sup>. La preuve par et contre des entreprises (c'est-à-dire des prestataires de services indépendants) est en principe libre, sauf cas particulier. On peut donc en principe toujours prouver les faits invoqués par tous moyens de droit.

Si l'on fonde une action civile sur une violation de la loi pénale (lisez : un délit), les règles en matière de charge de la preuve en droit pénal seront d'application.

### 3.5. Qui assume la charge de la preuve (et le risque de la preuve) ?

**107.** Selon le droit civil belge, celui qui prétend être détenteur d'un droit subjectif (par exemple, le droit de rompre le contrat de travail pour une raison fondée, le droit à des dommages-intérêts, ...) à l'égard d'autrui doit pouvoir aussi en apporter la preuve (sauf si cela n'est pas contesté par cette autre personne). Le principe susmentionné est ancré dans l'article 8.4 du Code civil (tel qu'il est introduit par le biais du Livre 8 depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2020).

Un même principe s'applique en matière pénale lorsqu'une personne a été lésée par un délit et s'adresse au juge civil pour obtenir réparation de la part de l'auteur. Dans ce cas, ce n'est pas le ministère public qui prouvera l'existence du délit, mais bien la partie lésée qui assume le rôle de ministère public.

En vertu des règles en matière de charge de la preuve en droit pénal, la partie lésée doit toutefois prouver non seulement le délit (c'est-à-dire la faute) mais aussi la culpabilité du défendeur, ou doit démontrer que la justification invoquée par le défendeur est inexistante (dans la mesure où cette prétention du défendeur est crédible)<sup>173</sup>.

**108.** Nonobstant le fait que la charge de la preuve repose sur une seule partie, il existe, dans les affaires civiles, un devoir général de collaboration loyale à

166. B. ALLEMEERSCH *et al.* « Overzicht van rechtspraak. Het burgerlijk bewijsrecht (2000-2013) », *T.P.R.*, 2015, 609, n° 6-7.

167. Cass., 3 mars 1978, *Pas.*, 1978, I, 759.

168. Art. 8.4 C. civ. Dans les travaux parlementaires du Livre 5 (Doc. 54.3349/001), il est renvoyé à titre d'illustration vers la jurisprudence de l'assurance contre le vol où l'on admet que la preuve certaine d'un vol est impossible à fournir.

169. Travaux parlementaires, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, 3349/001, 16.

170. Art. 8.5 C. civ.

171. Art. 6, § 2 de la C.E.D.H. ; art. 14.2 Pacte PIDCP ; Cass., 4 février 2022, *T.B.B.R.*, 2023, fasc. 6, 289.

172. Y. VAN DER SYPE, *Naar een geïntegreerde privacybescherming in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2017, 143.

173. Cass., 7 octobre 1966, *Arr. Cass.*, 1967, 176-178 ; Cass., 5 juin 1980-81, 567-568 ; P. TRAEEST, *Het bewijs in strafzaken*, Gand, Mys & Breesch, 1992, n° 443, 237.





l'administration de la preuve<sup>174</sup>. Cette obligation découle du principe général de loyauté procédurale. Il s'agit aussi bien de fournir des éléments de preuve que de faciliter et permettre le déroulement efficace de l'administration de la preuve<sup>175</sup>. Aussi est-il également admis que sur la base du devoir de collaboration à l'administration de la preuve, les parties doivent s'abstenir de détruire ou effacer tout élément de preuve<sup>176</sup>. De même, une partie qui ne supporte pas la charge de la preuve devrait avancer des éléments de preuve concrets s'ils sont directement liés aux faits sur lesquels la partie demanderesse fonde son action.

Si une partie manque à son devoir de coopération, le juge peut y associer diverses sanctions (astreinte, amende, dommages-intérêts, condamnation pénale en cas de destruction ou dissimulation frauduleuse d'un document, etc.).

Aux termes des travaux parlementaires du Livre 8, le juge pourrait également conclure à une inversion de la charge de la preuve (i) si une certaine preuve a disparu par le fait de la partie adverse ou (ii) en cas de refus fautif d'une des parties de coopérer à l'administration de la preuve. De même, le juge pourrait déduire une présomption de fait du refus de collaboration à l'administration de la preuve.

**109.** En matière pénale, il n'y a cependant pas de devoir de collaboration à l'administration de la preuve. En vertu de l'article 6 de la C.E.D.H., on interprète également le droit de se taire des suspects et accusés comme le droit de ne pas collaborer à sa propre condamnation<sup>177</sup>.

**110.** Pour conclure, la charge de la preuve est également liée à un risque de preuve, à savoir le risque d'être rejetée en justice, si l'on réussit à prouver l'action. Ainsi l'article 8.4 du Code civil dispose qu'en cas de doute, celui qui a la charge de prouver les actes juridiques ou faits allégués par lui succombe au procès (sauf si la loi en dispose autrement). Plus loin dans cet article, nous nous intéresserons au degré de preuve.

## 4. La valeur probante d'un rapport d'enquête unilatéral rédigé par les enquêteurs

### 4.1. Définitions

**111.** Aux fins du présent article, on entend par un rapport d'enquête unilatéral, « le rapport établi par un expert en fraude et contenant ses constatations et résultats obtenus à la suite d'une enquête interne préalable menée auprès du donneur d'ordre ».

Le rapport d'enquête unilatéral rédigé dans le cadre d'infractions à prouver est toujours précédé d'une enquête interne sur les faits qui met également un très grand accent sur la sécurisation et la collecte de données. Une telle enquête est un examen d'expertise unilatéral dans le cadre duquel l'entreprise dupée charge, de sa propre initiative, un expert (c'est-à-dire l'enquêteur) d'établir un rapport sur certains faits et irrégularités survenus au sein de l'entreprise et/ou en relation avec des tiers.

L'expert concerné peut être aussi bien un service d'inspection interne qu'un enquêteur spécialisé externe (détective privé autorisé ou non)<sup>178</sup>.

Par souci d'exhaustivité, il est souligné que le rapport d'enquête unilatéral doit, par définition, être objectif. Les enquêteurs doivent examiner les faits et consigner leurs résultats à propos de ces faits dans un rapport d'enquête. Les résultats, jugements et suppositions définitifs des enquêteurs doivent toujours être étayés par une preuve fiable et vérifiable. Conformément aux recommandations de l'IFA, le but n'est pas que les enquêteurs attribuent eux-mêmes certaines qualifications (pénales) aux faits<sup>179</sup>.

### 4.2. Comparaison avec un rapport d'expertise judiciaire

**112.** Dans le droit de la responsabilité, il est courant que des parties fassent appel aux compétences d'un expert pour se pencher sur la responsabilité technique et l'indemnisation en cas de sinistres. Dans d'autres branches du droit également, il est fréquent qu'un expert judiciaire soit désigné afin d'analyser

174. Art. 8.4, al. 3, C. civ. ; Cass., 26 mai 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 517 ; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, 421, n° 113 ; B. VAN DEN BERGH, « De medewerkingsplicht aan de bewijsvoering », in *Gerechtelijk deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken* dans APR, Malines, Kluwer, 2019, n° 343, 203.

175. B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Anvers, Intersentia, 2007, 443, n° 140 ; B. VAN DEN BERGH, « De medewerkingsplicht aan de bewijsvoering », dans *Gerechtelijk deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken* dans APR, Malines, Kluwer, 2019, n° 343, 203.

176. W. VANDENBUSSCHE, « Art. 8.4 B », dans X., *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, fasc. 128, 115 (4 octobre 2021).

177. Cass., 11 mars 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, n° 362 ; Cass., 1<sup>er</sup> septembre 2021, *T. straf.*, 2022, 75 ; B. DE SMET, *Eed in strafzaken* dans APR, Malines, Kluwer, 2023, n° 272, 137.

178. Les actes d'enquête extra-muros (par exemple la filature de l'intéressé en dehors de l'entreprise) peuvent être uniquement effectués par des détectives privés autorisés. Notez bien que les détectives privés autorisés sont légalement tenus de communiquer les faits qui constituent des crimes ou des délits (et dont ils ont pris connaissance lors de l'accomplissement de leur mission) au procureur du Roi du ressort duquel ces faits ont été commis (voir art. 16 de la loi du 19 juillet 1991 réglementant la profession de détective privé).

179. Voir [https://www.ifabelgium.be/images/downloads/IFA\\_-\\_Forensic\\_Audit\\_Standard\\_-\\_17\\_January\\_2023.pdf](https://www.ifabelgium.be/images/downloads/IFA_-_Forensic_Audit_Standard_-_17_January_2023.pdf) (p. 15).



et apprécier une question technique, par exemple un réviseur d'entreprises en cas de litiges en matière de droit des sociétés ou un expert en circulation routière en cas d'accidents de la route.

Ce genre d'expertise peut se dérouler aussi bien à l'amiable que par voie judiciaire. Lors d'une expertise judiciaire, l'expert sera désigné par un juge à la demande d'une des parties, dans le but d'émettre un avis sur un certain point de discorde (technique) entre les parties. Une telle expertise s'effectue de manière contradictoire et bénéficie, dans la pratique, d'une valeur probante particulière. Dans la majorité des cas, le juge suivra effectivement l'avis technique de l'expert judiciaire.

**113.** Une enquête interne conduite unilatéralement se distingue clairement de l'expertise judiciaire précitée et n'est en principe – du moins au début – pas contradictoire. La valeur probante d'un rapport d'expertise unilatéral est dès lors moindre. Quoi qu'il en soit, un rapport d'expertise unilatéral peut en soi être suffisant pour fournir au juge une certitude suffisante concernant certains faits (voir ci-dessous, n° 116). Dans ce contexte, la jurisprudence montre que les enquêteurs ont raison, lors de l'établissement de leurs rapports d'enquête (et des enquêtes internes sous-jacentes), de prendre en compte aussi certains principes de l'examen d'expertise judiciaire.

Il a déjà été fait remarquer ci-dessus qu'un rapport d'enquête unilatéral est principalement axé sur la collecte et l'analyse de données. La technicité de l'enquête réside principalement dans la collecte de données et la méthode appliquée et, dans une moindre mesure, dans la propre analyse de l'enquêteur (qui peut certes avancer des théories en matière de fraude, mais doit se baser à cette fin sur les données et preuves présentes).

### 4.3. Valeur probante : le rapport d'expertise unilatéral en tant que (possible) présomption de fait

**114.** Il a déjà été expliqué ci-dessus que le juge peut accepter des faits comme prouvés dans le cas où la preuve en est fournie avec un degré raisonnable de certitude. Pour ce qui concerne la preuve de violations (c'est-à-dire un délit pénal ou une faute contractuelle), le juge peut tenir compte de toutes les présomptions (de fait) et autres éléments de preuve qui sont avancés en justice. La preuve est en effet libre,

tant en matière pénale que concernant l'existence de faits et l'exécution de contrats.

**115.** Les jurisprudences et doctrines belges reconnaissent d'une part, qu'un rapport d'expertise unilatéral n'est en principe pas opposable à des tiers qui n'ont pas été impliqués dans cette enquête (par exemple des collaborateurs fraudeurs), mais prévoient d'autre part que les données reprises dans un tel rapport peuvent néanmoins avoir « la valeur de présomptions (de fait) »<sup>180</sup>. Les présomptions de fait sont des présomptions qui ne sont pas établies par la loi et que le juge déduit d'un fait connu pour conclure à un fait inconnu<sup>181</sup>.

**116.** L'article 1353 de l'ancien Code civil disposait que les présomptions (de fait) « sont abandonnées **aux lumières et à la prudence du magistrat**, qui ne doit admettre que des **présomptions graves, précises et concordantes** [...] ». (nous surlignons)

Dans la jurisprudence, il a cependant déjà été jugé à plusieurs reprises qu'une seule présomption peut suffire pour prouver certains faits ou actes<sup>182</sup>. En vertu du nouveau droit de la preuve, depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2020, conformément à l'article 8.29 du Livre 8 du Code civil, la « valeur probante [de présomptions de fait] est laissée à l'appréciation du juge, qui ne les acceptera que si elles reposent sur un ou plusieurs indices sérieux et précis. Pour autant que la présomption repose sur plusieurs indices, ils doivent être concordants ».

**117.** En matière pénale (pour prouver un délit), le juge est libre de déterminer en réalité de manière souveraine la valeur probante des éléments du dossier, sur lesquels les parties ont pu former un contredit par la suite, pour autant que la loi pénale ne prescrive pas de moyen de preuve particulier<sup>183</sup>. Toujours en vertu de l'ancien droit de la preuve, la Cour de cassation a déjà affirmé que les présomptions de fait en matière pénale ne doivent pas nécessairement répondre aux exigences de l'article 1353 de l'ancien Code civil<sup>184</sup>.

**118.** Vu ce qui précède, un rapport d'enquête unilatéral présenté de manière régulière (en tant que présomption de fait ou ensemble d'éléments à conviction) peut donc être un moyen de preuve suffisant pour prouver en justice une faute ou un délit à la suite d'une infraction interne. Savoir si le juge est suffisamment convaincu et retient le rapport d'enquête unilatéral comme un moyen de preuve suffisant dépendra

180. Cass., 11 décembre 1997, *Bull.*, 1997, 1422 ; Cass., 22 décembre 1983, *Arr. Cass.*, 1983-84, 473 ; Liège, 14 septembre 2021, *R.G.A.R.*, 2022, n° 15920 ; Gand, 21 mai 2010, *P. & B.*, 2011, 115 ; Trib. Nivelles, 16 février 1996, *R.G.A.R.*, 1997, n° 12805 ; T. LYSSENS, L. NAUDTS, *Deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken*, Malines, Kluwer, 2018, n° 46, 30 ; D. MOUGENOT, « Le rapport d'expertise unilatéral », *P. & B.*, 2011, fasc. 3, 116.

181. Y. VAN DER SYPE, *Naar een geïntegreerde privacybescherming in de onderneming*, Malines, Kluwer, 2017, 145. 58.

182. Cass., 30 janvier 1962, *Pas.*, 1962, I, 630 ; Cass., 12 septembre 1961, *Pas.*, 1962, I, 61.

183. Cass., 28 mai 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1319 ; Liège, 24 novembre 2017, *R.G.A.R.*, 2018, 15477 (où un rapport psychologique unilatéral a été retenu comme preuve de dommages à la suite du délit d'attentat à la pudeur) ; P. TRAEEST, *Het bewijs in strafzaken*, Gand, Mys & Breesch, 1992, n° 792, 406.

184. Cass., 28 mai 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1320.



toujours d'une évaluation concrète à la fois du rapport et de l'enquête interne sous-jacente<sup>185</sup>.

Ci-dessous sont exposés les éléments pertinents de la jurisprudence lors de l'évaluation de la valeur probante que le juge accordera ou non aux rapports d'enquête unilatéraux.

#### 4.4. Éléments pertinents lors de l'évaluation de la valeur probante du rapport d'enquête unilatéral

**119.** Dans la jurisprudence et la doctrine<sup>186</sup>, l'examen de la valeur probante de rapports d'expertise unilatéraux et d'enquêtes d'experts se concentre essentiellement sur (i) l'équité, les compétences et l'indépendance de l'expert, (ii) les circonstances de l'enquête, (iii) le rapport qui (ne) passe (pas) pour un ensemble cohérent et convaincant et (iv) la possibilité pour l'intéressé d'être entendu au sujet des résultats unilatéraux.

**120.** Tout d'abord, la valeur probante d'un rapport d'enquête unilatéral peut donc être influencée par la qualité, l'expérience, les compétences et l'éthique de l'enquêteur qui a établi l'enquête et le rapport d'enquête unilatéral.

Lorsque l'enquêteur est par exemple désigné par des tribunaux (ou juges d'instruction) comme expert judiciaire pour leurs compétences, ses rapports d'enquête unilatéraux seront souvent investis d'une certaine autorité<sup>187</sup>. On peut effectivement s'attendre à ce que de tels experts ne soutiendront pas facilement des thèses douteuses et accepteront et exécuteront des missions émanant de « parties » avec la circonspection de rigueur<sup>188</sup>. Une condamnation pénale antérieure de l'enquêteur concerné (par exemple pour faux d'écriture) est susceptible d'influencer négativement la valeur probante de son rapport d'enquête (bien qu'il ne doive pas nécessairement y avoir de lien de causalité entre une telle condamnation pénale et ses résultats dans l'enquête).

La relation avec le donneur d'ordre peut aussi être pertinente. L'enquêteur est toujours chargé unilatéralement d'une enquête par le donneur d'ordre de sorte qu'il ne sera nullement question d'une stricte indépendance. Les enquêteurs qui travaillent (quasi

exclusivement pour un seul donneur d'ordre veilleront donc attentivement à faire preuve d'une indépendance suffisante et à mener une enquête objective sur les faits pour lutter contre toute apparence de partialité.

Dans un arrêt non publié du 15 février 2021, la Cour d'appel d'Anvers a jugé (dans le sillage du premier juge) que le rapport d'un enquêteur (attaché au département d'audit légal d'un cabinet d'un Big Four) n'était pas peu crédible simplement parce que ce même cabinet d'un Big Four (autre entité du groupe) était également commissaire au moment des faits<sup>189</sup>. Le tribunal a accordé une grande importance à l'objectivité de l'enquête menée, les faits mentionnés dans le rapport étant suffisamment étayés par des documents et ne reposant pas uniquement sur des suppositions et des déclarations.

Dans un arrêt du 5 novembre 2001, la Cour d'appel de Mons a encore estimé qu'un conseiller technique (expert-comptable) d'un curateur ne peut être considéré comme un expert indépendant et impartial lorsque celui-ci est chargé d'examiner la comptabilité et de dresser un rapport quant à l'éventuelle responsabilité des fondateurs et de l'administrateur délégué<sup>190</sup>. Sur cette base, aucune valeur probante n'a été accordée au rapport technique. Il est intéressant de noter que la Cour a également pris en considération la qualité particulière du curateur (qui pourrait se voir confier ce genre de missions d'expertise à plusieurs reprises)<sup>191</sup>. De même, la Cour craignait que l'enquête soit uniquement orientée à charge des fondateurs et à l'avantage du curateur commanditaire<sup>192</sup>.

L'arrêt précité est à notre sens trop strict et trop restrictif. On ne peut que recommander d'apprécier la valeur probante non seulement sur la base de l'identité de l'expert, mais également sur les circonstances de l'enquête et la crédibilité des résultats tels qu'ils sont consignés dans le rapport final. Le fait que l'enquêteur en question pourrait obtenir dans le futur de nouvelles missions peut inciter à se montrer plus critique dans l'examen du rapport d'enquête et de l'enquête sous-jacente. Cela ne peut cependant pas conduire à dénuier l'enquête et ses résultats de toute valeur simplement en raison de la désignation par une seule partie. Cela va également à l'encontre de la jurisprudence énoncée ci-dessous qui interdit aux

185. Pol. Malines, 19 septembre 2012, V.A.V., 2013, 75 ; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, Ph. ERNST, « L'acte illicite – Dommage et indemnisation – Chronique de jurisprudence (1983-1992) », *T.P.R.*, 1994, 1389, n° 119.

186. Mons, 14 septembre 2021, R.G.A.R., 2022, n° 15920 ; Gand, 21 mai 2010, P. & B., 2011, 115 ; D. MOUGENOT, « Le rapport d'expertise unilatéral », *P. & B.*, 2011, fasc. 3, 116-118.

187. Voir p. ex. Pol. Malines, 19 septembre 2012, V.A.V., 2013, 75 (où le tribunal s'est rallié à l'évaluation unilatérale du dommage d'un expert après avoir constaté que le rapport avait été établi « par un expert habituel en matière d'assurances » et que le calcul des dommages « a été effectué d'une manière assez détaillée »).

188. T. LYSSENS et L. NAUDTS, *Deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken*, Malines, Kluwer, 2018, n° 46, 30 ; D. MOUGENOT, « Le rapport d'expertise unilatéral », *P. & B.*, 2011, fasc. 3, 117.

189. Anvers, 15 février 2021, 2020/AR/246 (non publié).

190. Mons, 5 novembre 2001, T.B.H., 2002, 709.

191. « Que l'expert-comptable, qui a donc pour client le curateur, a intérêt à ce que ce dernier soit satisfait de ses services en vue d'obtenir le cas échéant de nouvelles missions dans d'autres mandats de justice. »

192. « Que l'on peut dès lors objectivement craindre que le rapport d'un tel conseil technique soit orienté essentiellement à charge des fondateurs et administrateurs, adversaires du curateur de faillite, en vue de permettre à ce dernier d'intenter utilement un procès contre eux. »



juges de ne pas prendre en considération un rapport d'expertise comme preuve en raison uniquement de son caractère unilatéral.

**121.** Plus encore que la personne de l'expert, ce sont les circonstances de l'enquête menée qui détermineront la valeur probante du rapport d'enquête unilatéral fondé sur celles-ci. Ainsi un rapport d'expertise unilatéral est accepté comme moyen de preuve suffisant si « l'expertise a été réalisée avec le sérieux et la précision nécessaires et offre des garanties suffisantes d'objectivité »<sup>193</sup>.

Quel soin a été porté à la collecte de preuves ? Les règles (en matière de respect de la vie privée) ont-elles été respectées lors de la collecte des preuves ? A-t-on procédé à certaines manipulations ? Tous les éléments pertinents ont-ils été suffisamment examinés pour que l'enquêteur puisse aboutir à une analyse crédible ? Une méthodologie correcte pour le bon déroulement d'une enquête est absolument essentielle pour les enquêteurs. Enfin, il est également indispensable que l'enquêteur soit correctement informé au début par le donneur d'ordre pour éviter de tirer des conclusions erronées.

**122.** La structure du rapport d'enquête, la cohérence et la force de persuasion du rapport d'enquête (notamment la manière dont les résultats et conclusions de l'enquête sont consignés) influencent aussi la valeur probante<sup>194</sup>. Si l'enquêteur emploie par exemple le terme de « fraudeur » dans le rapport, il va sans dire que le rapport d'enquête ne sera pas très objectif. La cohérence du rapport d'enquête dans son ensemble (donner un aperçu des données consultées, préciser la méthode d'enquête appliquée, le but de l'enquête, etc.) jouera un rôle majeur, car le juge pourra aussi se forger une opinion sur la base de celui-ci quant au devoir de vigilance et au professionnalisme de l'enquête sous-jacente.

**123.** Enfin, la jurisprudence montre que l'on attache une grande importance à l'opportunité pour l'intéressé (c'est-à-dire la personne soupçonnée de certains faits) d'assurer sa défense par rapport aux résultats de l'enquête interne allant à son encontre.

Aussi le Tribunal de première instance de Liège, division Liège, a jugé que l'estimation unilatérale des dommages causés à un véhicule peut uniquement avoir valeur de présomption et ne peut fournir en soi

aucun degré de certitude suffisant au juge quant à certains faits, étant donné que l'intéressé n'a jamais été invité à se défendre ni à exposer son point de vue<sup>195</sup>.

Le Tribunal de première instance de Tongres a conclu dans un jugement du 13 décembre 2001 que les constatations et analyses unilatérales d'un expert avaient une valeur probante insuffisante parce que (1) aucune tentative n'a été entreprise pour présenter l'enquête à la partie concernée et l'inviter à une enquête contradictoire, et (2) que rien n'indique que les allégations unilatérales et sans engagement seraient plus véridiques que la déclaration de l'autre partie<sup>196</sup>.

La Cour d'appel d'Anvers a jugé positivement dans un arrêt du 15 février 2021 que le rapport de l'enquêteur était objectif et pas purement unilatéral parce que l'intéressé a « obtenu la possibilité d'y répondre »<sup>197</sup>.

**124.** Ne croyez cependant pas qu'un défaut de caractère contradictoire (de l'ensemble de l'enquête) exclut automatiquement qu'un rapport d'expertise unilatéral pourrait en soi offrir un degré de certitude suffisant concernant certains faits.

Ainsi le tribunal de Nivelles a estimé le 16 février 1996 (en degré d'appel) que le jugement écartant comme preuve un procès-verbal d'expertise (présenté de manière régulière) avec pour seul motif qu'une telle expertise n'est pas contradictoire est insuffisamment motivé et viole l'article 149 de la Constitution (en matière de devoir de motivation)<sup>198</sup>.

Dans un arrêt du 14 septembre 2021, la Cour d'appel de Mons s'est prononcée dans le même sens en acceptant que le caractère unilatéral d'une enquête, ordonnée à la demande d'une seule partie, n'empêche pas le juge d'en évaluer souverainement la valeur probante, dans la mesure où la preuve est admise par présomption<sup>199</sup>.

Selon nous, cette jurisprudence est pleinement justifiée. En principe, l'intéressé aura effectivement toujours la possibilité (du moins dans une procédure d'opposition) d'exposer sa défense devant le juge à l'égard d'un rapport d'expertise unilatéral, par le biais ou non de conclusions écrites. Refuser un rapport d'expertise comme preuve simplement à cause du caractère unilatéral reviendrait dès lors à jeter le bébé avec l'eau du bain.

193. Voir p. ex. Pol. Malines, 19 septembre 2012, V.A.V., 2013, 75 ; T. LYSSENS, L. NAUDTS, Deskundigenonderzoek in burgerlijke zaken, Malines, Kluwer, 2018, n° 49, 31.

194. Mons, 14 septembre 2021, R.G.A.R., 2022, n° 15920 ; Gand, 21 mai 2010, P. & B., 2011, 115 ; D. MOUGENOT, « Le rapport d'expertise unilatéral », P. & B., 2011, fasc. 3, 117.

195. Trib. Liège (div. Liège), 15 janvier 2019, V.A.V., 2020/2, 34-35.

196. Trib. Tongres, 13 décembre 2001, T.B.H., 2003, 693.

197. Anvers, 15 février 2021, 2020/AR/246 (non publié).

198. Trib. Nivelles, 16 février 1996, R.G.A.R., 1997, n° 12805.

199. Mons, 14 septembre 2021, R.G.A.R., 2022, n° 15920.





**125.** Le juge apprécie souverainement la valeur probante de l'enquête. Le juge examinera en toute logique si les preuves ont été obtenues légalement (c'est-à-dire dans le respect de toutes les conditions légales). Si les preuves ont été obtenues de manière illicite, le juge peut encore considérer celles-ci comme admissibles à l'aide du test Antigone (voir ci-dessus, n° 26).

De plus, un juge évaluera si les preuves collectées sont suffisantes pour prononcer un jugement. Plus on peut démontrer d'éléments à l'aide de différentes sortes de pièces justificatives objectives, mieux c'est. Le juge ne pourra pas laisser automatiquement de côté une attestation informatique démontrant que le travailleur a surfé sur des sites web pornographiques. Il n'empêche que le juge peut certes juger qu'une attestation unilatérale qui n'a pas été établie en présence de témoins ou d'un huissier de justice peut avoir été manipulée si le système informatique le permet (en théorie)<sup>200</sup>.

En principe, le juge préférera les faits établis objectivement aux preuves (plus) subjectives telles que des témoignages. Ces dernières déclarations sont souvent rédigées à la demande d'une des parties au procès. Le juge évaluera ces déclarations et la crédibilité de celles-ci. Il est toutefois systématiquement recommandé d'étayer ces déclarations avec d'autres éléments objectifs<sup>201</sup>. Si toutes les conditions de forme n'ont pas été respectées lors d'un témoignage écrit, la déclaration de témoin n'est pas nulle, mais la crédibilité de celle-ci peut être compromise. Le juge exposera les motifs pour lesquels la déclaration écrite n'est pas régulière et quel est l'impact sur la valeur probante. Le cas échéant, le juge peut également demander aux tiers de rectifier l'erreur<sup>202</sup>.

## 4.5. Publication des résultats et actions après l'enquête

**126.** À l'issue de l'enquête, plusieurs actions peuvent être entreprises. Cela peut rester limité à des mesures disciplinaires (comme la remise d'une réprimande) ou la cessation de la collaboration dans des délais éventuels à respecter jusqu'au dépôt d'une plainte pénale.

À un moment donné pendant l'enquête, il faudra évaluer s'il existe des « preuves suffisantes » pour imposer une certaine sanction qui pourra être justifiée plus tard devant un tribunal ou pour mettre fin à la collaboration (sans possibilité pour le collaborateur de réclamer des dommages et intérêts supplémentaires). Il s'agit du moment auquel l'enquête est clôturée et un

rapport d'enquête est établi. Comme il a été indiqué à plusieurs reprises dans cet article, des délais bien déterminés doivent être respectés dans certains cas (tels qu'un licenciement pour motif grave). Le délai de trois jours pour procéder à un licenciement pour motif grave d'un travailleur commence plus précisément à courir dès que la partie compétente en matière de licenciement a une connaissance suffisante de l'enquête (voir ci-dessus n° 6). Spécifiquement pour le droit du travail, l'employeur qui procède à un licenciement pour motif grave devra pouvoir démontrer à l'aide de l'enquête qu'au moment du licenciement, il avait suffisamment connaissance<sup>203</sup> des fautes très graves commises par le travailleur.

**127.** Il est donc recommandé, lors de la publication des résultats de l'enquête, de laisser une trace écrite claire (par e-mail par exemple) dans la documentation interne (c'est-à-dire lorsque le rapport d'enquête a été communiqué aux personnes au sein de l'entreprise qui sont compétentes pour imposer une sanction), pour qu'il puisse être démontré en cas de discussions ultérieures éventuelles à quel moment la partie compétente a été informée de l'issue de l'enquête et quand les délais pour la prise d'actions ont commencé à courir.

**128.** Spécialement lors de la cessation de la collaboration, l'entreprise peut envisager de conclure une transaction avec l'intéressé, dans laquelle toutes les parties renoncent à leurs droits pour éviter d'entamer une procédure judiciaire à un stade ultérieur. Cela peut être avantageux pour l'entreprise surtout si l'enquête interne révèle que la violation ne peut être solidement étayée. Pour la conclusion d'une transaction avec un travailleur plus spécifiquement, nous tenons à souligner qu'aucune forme de contrainte ne peut être exercée par le travailleur. Une transaction ne pourra donc être systématiquement signée qu'après la fin du contrat de travail. Puisque ceci sort du cadre de l'article, nous n'aborderons pas cette question ici.

## 5. Conclusion

**129.** Comme l'a révélé l'article, une entreprise a de nombreux points d'attention à prendre en compte lors de la réalisation d'une enquête interne.

Une approche en plusieurs étapes, des actes d'enquête réfléchis et un rapport d'enquête bien établi constituent les éléments importants d'un dossier bien étayé.

200. C. trav. Bruxelles, 7 mars 2003, *Orientations*, 2003, 3 ; C. ENGELS et Y. VAN DER SYPE, *Ontslag wegens dringende reden*, Malines, Kluwer, 2015, 252.

201. C. ENGELS et Y. VAN DER SYPE, *Ontslag wegens dringende reden*, Malines, Kluwer, 2015, 252 ; S. GILSON, F. LAMBINET et H. PREUMONT, « La preuve en droit du travail : évolutions et questions particulières », *Orientations*, 2020, (4) 18-19 et 22.

202. T. TOREMANS, « Commentaar bij artikel 961/2 Ger.W », *OGR*, 2019, 174-176 et 178, n° 66-69 et n° 75-76.

203. Cass., 11 janvier 1993, *J.T.T.*, 1993, 58 ; Trib. trav. Liège, 4 septembre 1987, *Chr. D.S.*, 1990, 94 ; C. ENGELS et Y. VAN DER SYPE, *Ontslag wegens dringende reden*, Malines, Kluwer, 2015, 23.

