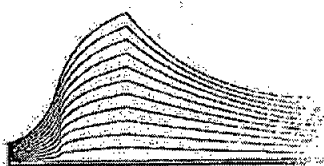


Copie

Délivrée à: tribunal du travail francophone de Bruxelles

art. Autres

Exempt du droit de greffe - art. 280,2° C.Enr.



Número du répertoire
2016/2012
Date du prononcé
04 août 2016
Número du rôle
2014/AB/763

Expédition

Délivrée à
le
€
JGR

Cour du travail de Bruxelles

quatrième chambre

Arrêt

COVER 01-00000503553-0001-0026-01-01-1



DROIT DU TRAVAIL - contrats de travail-employé
Arrêt contradictoire
Définitif

Monsieur B

partie appelante au principal, intimée sur incident,
comparaissant et assisté de ses conseils Maître MELEN Carole, avocat à BRUXELLES, et
Maître DAYEZ Antoine, avocat à BRUXELLES,

contre

LA S.A. QERNEL, dont le siège social est établi à 1932 SINT-STEVENSWOLUWE, Jean
Monnetwijk 4,

partie intimée au principal, appelante sur incident,
représentée par Maître GERARD Sophie loco Maître CARLIER Edward, avocat à MECHELEN.

★

★ ★

I. INDICATIONS DE PROCEDURE

Monsieur Didier B a interjeté appel le 24 juillet 2014 d'un jugement prononcé par la
3^{ème} chambre du Tribunal du travail de Bruxelles le 5 mai 2014. Ce jugement ayant été
signifié le 26 juin 2014¹, l'appel a été introduit en temps utile.

¹ Conclusions de l'intimée, p. 11.



Une ordonnance de mise en état et de fixation a été rendue le 3 septembre 2014 sur la base de l'article 747, § 1^{er} du Code judiciaire.

Le 17 novembre 2014, l'appelant a demandé à la Cour, à titre de mesure préalable sur base de l'article 19, alinéa 2 du Code judiciaire, d'ordonner la transmission par la SA QERNEL d'une copie du disque dur de l'ordinateur qui avait été mis à sa disposition durant l'exécution du contrat de travail.

Par arrêt du 4 mars 2015, la Cour a dit cette demande non fondée.

Des conclusions de synthèse ont été déposées :

- pour l'appelant le 29 mai 2015,
- pour l'intimée le 30 juillet 2015.

Les parties ont comparu à l'audience publique du 10 juin 2016.

Il a été fait application de l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire.

II. LE JUGEMENT DU TRIBUNAL DU TRAVAIL

Monsieur B a demandé au Tribunal du travail de condamner la S.A. QERNEL, actuelle intimée, à lui payer :

- 49.777,43 € brut à titre de solde d'indemnité compensatoire de préavis ;
- 1.000 € net à titre de retenue illégale sur la rémunération ;
- 2.139 € brut à titre de prime de fin d'année ;
- une indemnité à déterminer couvrant le capital et les intérêts qui auraient dû être obtenus conformément au plan d'épargne d'investissement convenu en avril 2009.

M. B a également demandé au Tribunal :

- de dire pour droit que ces montants doivent être augmentés des intérêts légaux et judiciaires sur les montants bruts au taux légal à dater de leurs dates respectives d'exigibilité,
- d'ordonner la délivrance des documents sociaux suivants rectifiés pour tenir compte du jugement à intervenir : le C4, la fiche de salaire de mai 2011, le décompte individuel 2011, la fiche fiscale 281.10 pour 2011 et ce, dans le mois du prononcé à intervenir et sous peine d'une astreinte de 50 € par document et par jour de retard ;



- de condamner QERNEL aux dépens de l'instance, en ce compris l'indemnité de procédure liquidée provisoirement à 2.750 €.

La S.A. QERNEL a introduit une demande reconventionnelle tendant à entendre condamner Monsieur BROOMS « au paiement d'une indemnité forfaitaire évaluée à :

- 5.000 € provisionnels à titre de dommage commercial ;
- 25.861,83 € provisionnels à titre de vol salarial ;
- 341 € provisionnels pour le dommage fin de contrat et la non restitution du carnet d'entretien de la voiture de société ».

Par son jugement du 5 mai 2014, le Tribunal du travail a déclaré les demandes tant principale que reconventionnelle non fondées, et a condamné M. B aux dépens, liquidés à l'indemnité de procédure (2.750 €).

III. L'APPEL ET LES DEMANDES SOUMISES A LA COUR DU TRAVAIL

M. B demande à la Cour de réformer le jugement dont appel en ce qui concerne l'action principale et de condamner la partie intimée à lui payer :

- 49.777,43 € bruts à titre de solde d'indemnité compensatoire de préavis;
- 1.000 € nets à titre de retenue illégale sur la rémunération ;
- 2.139 € bruts à titre de prime de fin d'année ;
- une indemnité à déterminer couvrant le capital et les intérêts qui auraient dû être obtenus conformément au plan d'épargne d'investissement convenu en avril 2009 ;

M. B demande également à la Cour :

- de dire pour droit que ces montants devront être augmentés des intérêts légaux et judiciaires sur les montants bruts au taux légal à dater de leurs dates respectives d'exigibilité ;
- d'ordonner la délivrance des documents sociaux suivants rectifiés pour tenir compte du jugement à intervenir : le C4, la fiche de salaire de mai 2011 ; le décompte individuel 2011, la fiche fiscale 281.10 pour 2011 et ce, dans le mois du prononcé à intervenir et sous peine d'une astreinte de 50 € par document et par jour de retard ;

Subsidiairement, M. B demande des dommages et intérêts de 25.000 € correspondant à la perte de la chance de garder son emploi suite au défaut d'audition préalable à son licenciement.

Dans un titre subsidiaire, il demande à la Cour :



- d'ordonner à l'Huissier de justice de lui remettre une copie du disque dur ;
- de désigner un expert judiciaire en informatique ayant pour mission d'examiner si le contenu des rapports transmis par I-Force est exact et constitue la preuve certaine d'une activité concurrente par M. B pour PARFINIS avant son licenciement pour faute grave ;
- de dire pour droit que les deux parties provisionneront par moitié l'expert.

Il demande à la Cour de condamner la S.A. QERNEL aux dépens de l'instance, en ce compris l'indemnité de procédure liquidée provisoirement à 2.750 € pour chaque instance et, subsidiairement en cas de non condamnation de QERNEL, de compenser les dépens et, encore plus subsidiairement, de ne le condamner qu'à l'indemnité minimum pour les deux instances.

Par conclusions du 17 novembre 2014, la S.A. QERNEL forme appel incident et demande à la Cour :

- de déclarer l'ensemble des demandes de l'appelant non fondées ;
- de condamner M. B sur demande incidente « au paiement d'une indemnité forfaitaire évaluée à :
 - 5.000 € provisionnels à titre de dommage commercial ;
 - 25.861,83 € provisionnels à titre de vol salarial ;
 - 341 € provisionnels pour le dommage fin de contrat et la non-restitution du carnet d'entretien de la voiture de société ».

À titre infiniment subsidiaire, la S.A. QERNEL demande à la Cour « de déclarer la demande de l'appelant partiellement non fondée et de condamner la concluante à une indemnité de préavis égale à 3 mois de salaire, soit 20.313,42 € ».

La S.A. QERNEL demande que l'appelant soit condamné aux dépens, en ce compris le montant de base de l'indemnité de procédure (2.750 €) pour chaque instance.

IV. LES FAITS

Constituée le 26 mars 2002, la S.A. QERNEL est une société de consultance en management, qui offre ses services à des entreprises privées comme publiques par l'intermédiaire de consultants qui travaillent pour elle comme salariés ou indépendants.

Le 12 octobre 2007, M. B est entré au service de la S.A. QERNEL en tant que « *Senior Consultant* », sous contrat de travail à durée indéterminée (sans clause de non-concurrence ni clause d'exclusivité).



Début 2011, des divergences de vues sont apparues entre Monsieur K (directeur opérationnel de QERNEL) et QERNEL concernant la cession d'une branche d'activité de QERNEL. Un accord est alors été conclu entre QERNEL et Monsieur K prévoyant le rachat par Monsieur K (à travers une nouvelle société qui sera la société PARFINIS) d'une branche d'activité de QERNEL. Cet accord prévoit la possibilité pour Monsieur K d'utiliser les nouveaux produits mis en place chez QERNEL, ainsi que le transfert de certains membres du personnel (employés et indépendants) de QERNEL vers PARFINIS.

M. B est aussi un des fondateurs et actionnaire minoritaire de cette société PARFINIS (ce qui ne lui est pas reproché dans le cadre de son licenciement). Cette société a été créée le 4 avril 2011 par d'anciens dirigeants de QERNEL à l'issue de négociations qui ont également porté sur une cession de branche d'activités comprenant certains travailleurs de QERNEL.

Ces négociations se sont déroulées de janvier 2011 à fin mars 2011.

Le 28 avril 2011, les statuts de la société PARFINIS sont publiés au Moniteur belge. M. B y est renseigné comme associé et administrateur.

M. B ne sera finalement pas transféré vers PARFINIS. Il décide d'investir à hauteur de 10% des parts dans la nouvelle société. Il admet qu'il ne pense alors pas à informer M. M (administrateur-délégué de QERNEL) de son investissement.

En avril 2011, souhaitant continuer à travailler sous statut d'indépendant, M. B crée une société de consultance en management TEMONEO dont il est actionnaire à 99% avec S. B, consultant indépendant qui a travaillé pour QERNEL (il détient 1% des parts).

Il ressort d'un email de M. M (administrateur-délégué de QERNEL) adressé à M. B le 21 avril 2011 que celui-ci était au courant de la création de cette société (pièce 21bis du dossier de M. B).

Par lettre recommandée du 26 mai 2011, la S.A. QERNEL a notifié à M. B sa décision de le licencier pour faute grave.

Une lettre recommandée du 27 mai 2011 expose les motifs du licenciement (traduction libre de l'appelant, p. 13-15 de ses conclusions):

« Je fais référence à notre lettre de hier, 26 mai 2011, par laquelle nous avons mis fin à votre contrat de travail pour faute grave. En conformité avec les prescriptions légales, nous vous donnons par la présente les raisons de votre licenciement.

Le 10 mai 2011, vous avez eu avec M. M administrateur délégué, un entretien au sujet de votre participation minoritaire dans PARFINIS SA. Cette société est issue du split, le 1^{er} avril 2011, d'une branche d'activité de QERNEL, et est donc, par définition, concurrente.



Pendant cet entretien, vous avez fermement nié effectuer toute action de concurrence. Vous avez affirmé que cette participation minoritaire dans PARFINIS n'était rien de plus qu'un investissement passif, et que de toute façon vous ne rendiez aucun service réel pour le compte de PARFINIS.

Nous n'avions à cet instant aucune raison de ne pas croire ce que vous disiez.

Néanmoins, M. M. vous a indiqué pendant cet entretien que vous deviez dès maintenant être présent chez QERNEL tous les jours entre 9h et 17h. Auparavant, vous travailliez (conformément à des accords préalables pris avec K. K. qui avait alors la direction opérationnelle de QERNEL, avant de quitter QERNEL pour PARFINIS) le plus souvent à la maison, et vous ne veniez au bureau que pour des entretiens avec Koen Knaepen.

Vous vous souviendrez également que, pendant cet entretien du 10 mai 2011, entre vous et M. M. un scénario a été discuté par lequel vous donneriez vous-même votre démission. Ceci dans le cas où vous estimiez que votre avenir professionnel se trouvait en dehors de QERNEL. Vous avez refusé un tel scénario de départ volontaire, d'où nous avons déduit que votre loyauté envers QERNEL à ce moment n'était toujours pas affectée.

Une dizaine de jours plus tard, précisément le vendredi 20 mai 2011, C. V. l'assistante au management, a trouvé un document dans le copieur avec le logo de PARFINIS. C. V. a donc par conséquent examiné le log print et a constaté qu'il était possible que ce document ait été imprimé par vous. Là-dessus elle a fait une note pour M. M. qu'elle a placée, jointe au document lui-même, sur son bureau dans la corbeille à courrier.

M. V. a trouvé ce message le lundi matin 23 mai et en a discuté avec C. V. A ce moment apparut la supposition que ce que vous aviez affirmé pendant l'entretien du 10 mai 2011 n'était pas vrai, et que vous fournissiez effectivement des services pour PARFINIS.

Sur ce nous changeons de position, et décidons d'enquêter sur les données reprises dans le laptop confié par l'entreprise.

Le mardi 24 mai 2011 à 10h, monsieur M. M. vous a confronté à ces suppositions en présence d'un huissier de Justice (C. I.) et d'un spécialiste IT assermenté (forensisch) de la firme I-Force (J. V.). Monsieur M. M. vous a demandé de transmettre votre laptop à J. V. de sorte que le disque dur puisse être copié, pour être ensuite analysé. Vous avez accepté et remis l'ordinateur portable.

Pendant que J. V. était occupé à copier votre disque dur (en présence de l'huissier de justice), Monsieur M. vous a signifié que, en attendant le résultat de l'enquête sur les données de votre ordinateur, vous seriez temporairement placé sur un mode non-actif. Ici aussi, vous n'avez pas fait d'objection.

De là vous avez restitué (contre reçu) un certain nombre d'outils destinés à votre usage professionnel (comme les clés d'accès au bureau, la voiture de société et la carte essence). Votre GSM et la carte SIM pouvant encore être utilisés temporairement avec une limite dans le temps (précisément le 31 mai 2011).



Pendant la durée de l'enquête, vous continueriez à recevoir votre salaire, et resteriez couvert par les assurances (voir ci-après).

Pendant votre entretien avec Monsieur M. N. ; celui-ci a répété sa proposition du 10 mai 2011 (voir ci-dessus). Vous avez à nouveau refusé un scénario de démission volontaire, d'où Monsieur M. N. n'a rien pu faire d'autre que de conclure que votre loyauté envers QERNEL était toujours intacte, et donc qu'aucune preuve d'activités concurrentes ne seraient trouvées sur votre laptop.

Après que la copie du disque dur de votre laptop ait été achevée, une copie a été emportée par l'huissier de justice G. P. L'autre exemplaire a été emporté par J. V. dans le but de pouvoir enquêter sur les fichiers et données disponibles. Rendre lisibles les données et fichiers disponibles sur le disque dur est une opération qui doit se faire au bureau de J. V. et qui prend une douzaine d'heures.

Le [jeudi] 26 mai 2011, nous avons reçu par mail le compte-rendu (provisoire) de J. V. , avec un aperçu des fichiers et données qui à ce moment avaient été trouvées sur le disque dur du laptop. En fonction d'une enquête complémentaire, nous pourrions suivre des fichiers et données supplémentaires.

Sur la base du compte-rendu provisoire de J. V. , il apparaît sans aucun doute que ce que vous aviez affirmé à M. M. notamment le 10 mai 2011 et le 26 mai 2011 était manifestement en contradiction avec la vérité, et que vous aviez, pendant la durée de votre contrat d'employé, très certainement été intensivement occupé avec l'exécution d'activités concurrentielles pour le compte de PARFINIS.

Ainsi, il apparaît du compte-rendu provisoire de J. V. que les données suivantes ont entre autres été trouvées sur votre laptop :

- une présentation Power Point francophone dans laquelle l'ensemble de la stratégie marketing de PARFINIS est développée. De cette stratégie, il apparaît clairement que PARFINIS offre les mêmes services, et s'adresse au même segment de marché que QERNEL ;
- une présentation francophone de PARFINIS, où il apparaît sans aucun doute que PARFINIS se positionne de manière concurrentielle par rapport à QERNEL ;
- une présentation Power Point de PARFINIS pour un Workshop Start People où votre nom apparaît comme personne de contact de PARFINIS ;
- acte de constitution de PARFINIS avec mention de votre nom comme co-fondateur ;
- une présentation Power Point au sujet de la mission, de la vision et des objectifs de PARFINIS, dans laquelle vous avez formulé un certain nombre de commentaires et de propositions de modification ;
- un mail de Monsieur S. B. à Monsieur K. K. dans lequel on discute de la présentation de vos services à diverses entreprises au nom de et pour le compte de PARFINIS ;
- un mail entre vous et S. M. dans lequel on discute de votre mission comme Program Manager chez BNB Paribas Fortis au nom et pour le compte de PARFINIS.

En se basant sur ce qui précède, il est apparu le jeudi 26 mai que pendant tout ce temps vous avez menti à QERNEL, et que vous avez bien exécuté des activités concurrentes au nom de PARFINIS.



Encore ce jour-là, il a été mis fin à votre contrat de travail pour faute grave (voir notre courrier recommandé du 26 mai 2011). Il est évident qu'à partir de la prise de connaissance de vos manquements, toute collaboration future avec vous a été immédiatement et définitivement rendue impossible.

Vous recevrez votre salaire (y-compris la couverture par les assurances) jusqu'au mercredi 25 mai 2011. Vous recevrez également le pécule de vacances légal ainsi que les documents sociaux.

Il ne fait aucun doute que vos actes ont occasionné des dommages commerciaux à QERNEI. Nous recherchons actuellement quels projets, clients potentiels et / ou opportunités ont été perdus par votre faute. Dès que nous aurons une vue sur l'ampleur du dommage, nous reviendrons vers vous.

Ce présent courrier vous est envoyé sous toute réserve et sans reconnaissance préjudiciable ».

Après un échange de correspondances entre les parties, M. B a, le 23 novembre 2011, introduit son action devant le Tribunal du travail.

V. DISCUSSION ET DECISION DE LA COUR

a. Quant à l'appel principal

i. Le motif grave et l'indemnité compensatoire de préavis

L'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail dispose :

« Chacune des parties peut résilier le contrat sans préavis ou avant l'expiration du terme pour un motif grave laissé à l'appréciation du juge et sans préjudice de tous dommages-intérêts s'il y a lieu.

Est considérée comme constituant un motif grave, toute faute grave qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur.

Le congé pour motif grave ne peut plus être donné sans préavis ou avant l'expiration du terme, lorsque le fait qui l'aurait justifié est connu de la partie qui donne congé, depuis trois jours ouvrables au moins.

Peut seul être invoqué pour justifier le congé sans préavis ou avant l'expiration du terme, le motif grave notifié dans les trois jours ouvrables qui suivent le congé.

A peine de nullité, la notification du motif grave se fait soit par lettre recommandée à la poste, soit par exploit d'huissier de justice.



Cette notification peut également être faite par la remise d'un écrit à l'autre partie.

La signature apposée par cette partie sur le double de cet écrit ne vaut que comme accusé de réception de la notification.

La partie qui invoque le motif grave doit prouver la réalité de ce dernier; elle doit également fournir la preuve qu'elle a respecté les délais prévus aux alinéas 3 et 4. »

1. le respect des délais

M. B. estime avoir en réalité été licencié le 24 mai 2011 à un moment où QERNEL n'avait matériellement pas encore eu l'occasion de prendre connaissance du contenu de son ordinateur portable. Il considère que « *la théorie d'une simple mise à pied en date du 24 mai et non d'un licenciement immédiat, n'a été échafaudée que pour tenter de régulariser le licenciement* ». Il considère par conséquent que le 26 mai 2011 ne peut dès lors constituer le point de départ du délai de 3 jours.

Il résulte des documents sociaux que M. f. est resté en service jusqu'au mercredi 25 mai inclus et qu'il a d'ailleurs perçu son salaire pour cette journée.

M. B. ne démontre dès lors pas qu'il a été mis fin à son contrat de travail le 24 mai 2011.

Ce licenciement est intervenu dans le délai de 3 jours suivant la connaissance des faits justifiant la rupture pour motif grave, à savoir la prise de connaissance du rapport intermédiaire d'analyse du disque dur réalisé par la société I-FORCE.

2. absence d'audition préalable

Contrairement à ce que soutient l'appelant, l'absence d'audition préalable n'a pas pour effet de rendre le licenciement irrégulier.

3. régularité de la preuve

L'appelant conclut à l'irrégularité des éléments de preuve produits par la S.A. QERNEL. Il considère que ceux-ci ont été obtenus en violation flagrante du droit au respect de sa vie privée, droit protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, par l'article 22 de la Constitution ainsi que par plusieurs directives européennes.

Il invoque la violation :



- de l'article 314bis du Code pénal,
- de l'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques,
- de la CCT n°81 du 26 avril 2002 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électronique en réseau (rendue obligatoire par arrêté royal du 12 juin 2002).

L'appelant reproche aux premiers juges d'avoir estimé qu'il n'y avait aucune irrégularité quant à l'obtention des preuves en considération du fait que M. B aurait remis volontairement son ordinateur à l'informaticien mandaté par QERNEL. Il soutient qu'il a au contraire été prié de remettre son ordinateur sans qu'un choix lui ait été laissé, ce qui ressort selon lui du procès-verbal de l'huissier. Il ajoute qu'il était autorisé à utiliser son PC d'entreprise à des fins privées. Il se prévaut d'un arrêt de la Cour du travail de Bruxelles du 7 février 2013 (« RTL ») et reproche aux premiers juges de ne pas avoir tiré les enseignements de cet arrêt.

L'article 314bis du code pénal ne vise que la prise de connaissance d'un courriel pendant sa transmission et ne s'applique dès lors pas en l'espèce (C. trav. Liège, 20 septembre 2010, JLMB, 2010/40, p. 1899).

L'article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques interdit la prise de connaissance d'informations transmises par voie de communication électronique sans l'autorisation des personnes concernées, sous peine de sanction pénale (v. article 145). Cet article concerne les communications électroniques tant professionnelles que privées (O. RIJCKAERT, N. LAMBERT, *Le respect de la vie privée dans la relation de travail*, Kluwer, 2012, p. 118). Cet article n'est pas applicable dans certaines hypothèses, notamment « lorsque la loi permet ou impose l'accomplissement des actes visés » (article 125). Contrairement à ce que soutient l'intimée, l'article 17, 2° de la loi du 3 juillet 1978, aux termes duquel le travailleur a l'obligation d'agir conformément aux ordres et aux instructions qui lui sont données par l'employeur, ne constitue pas une base légale de nature à écarter l'application de l'article 124 précité (K. ROSIER, « Réflexions autour de la licéité de la preuve liée à un contrôle des connexions d'un travailleur sur le Net », obs. sous C. trav. Mons, 25 nov. 2009, *R.D.T.I.*, 2010, p. 92 et les références citées).

Quant à la CCT n° 81 du 26 avril 2002, il ne ressort d'aucune pièce du dossier que l'employeur ait respecté ses obligations de transparence concernant la politique de contrôle des données de communication électronique menée au sein de l'entreprise (voir articles 7, 8 et 9 de cette CCT).

Le fait que la police ICT de QERNEL dispose expressément que l'ordinateur portable n'est mis à disposition qu'à des fins professionnelles n'établit pas que la CCT n° 81 a été respectée.

Par conséquent, la S.A. QERNEL a violé la CCT n° 81 ainsi que l'article 124 de la loi du 13 novembre 2005, et a ainsi porté atteinte au droit fondamental de l'appelant au respect de sa vie privée.



Les parties s'opposent quant à la sanction de cette irrégularité.

QERNEL invoque la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle « *sauf en cas de violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, la preuve illicitement recueillie ne peut être écartée que si son obtention est entachée d'un vice qui est préjudiciable à sa crédibilité ou qui porte atteinte au droit à un procès équitable* » (Cass., 10 mars 2008, J.L.M.B., 2009, p. 580).

L'appelant invoque de son côté l'arrêt de la Cour du travail de Bruxelles du 7 février 2013 (« RTL ») qui a considéré que les critères énoncés par l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008, rendu en matière de chômage, ne s'appliquaient pas en matière de rupture des relations de travail.

Les premiers juges ont considéré que l'arrêt « RTL » de la Cour du travail de Bruxelles du 7 février 2013 est un arrêt isolé et contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation, et qu'en outre, les faits de cet arrêt sont totalement étrangers aux circonstances de l'espèce, puisque l'employeur avait examiné le contenu de l'ordinateur du travailleur en son absence pour maladie et sans son consentement.

La Cour estime que la sanction de l'irrégularité de la preuve est, en règle, l'inadmissibilité de celle-ci. L'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008, rendu en matière de chômage, ne saurait être interprété comme permettant à tout employeur de porter atteinte, en toute impunité, au droit fondamental à la protection de la vie privée de ses travailleurs, et de violer les dispositions sanctionnées pénalement qui encadrent le contrôle des données de communication électronique, en vue d'établir un motif grave même non constitutif d'une infraction pénale (en ce sens, voir l'arrêt de la Cour du travail de Bruxelles du 7 février 2013, déjà cité).

Si l'extension de la jurisprudence « Antigone » en matière fiscale ou de sécurité sociale a pu se justifier par le souci d'assurer l'efficacité de la répression administrative ou pénale des infractions commises dans ces matières, son extension sans limite aux relations contractuelles de pur droit privé risquerait d'aboutir à une transgression systématique des dispositions sanctionnées pénalement qui protègent la vie privée, dans le seul but d'établir des fautes ou des comportements qui quant à eux ne sauraient laisser prise à la qualification d'infraction pénale.

Dans un arrêt du 17 décembre 2015 rendu en matière fiscale, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que le juge devait écarter les éléments de preuve obtenus d'une manière non prévue par la loi lorsque leur utilisation porte atteinte à un droit garanti par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en l'occurrence le droit au respect de la vie privée et des communications garanti par son article 7 (arrêt publié au J.T., 2016, p. 401).

Selon le commentateur de cet arrêt, celui-ci non seulement sonne le glas de la transposition en matière fiscale de la jurisprudence « Antigone », mais a une portée qui va au-delà de la



seule sphère fiscale et déborde également sur la jurisprudence pénale « Antigone » proprement dite, en réaffirmant le principe de la stricte légalité de la preuve comme critère d'écartement de la preuve recueillie irrégulièrement (Fr. KONING, « Mort de la transposition en matière fiscale de la jurisprudence pénale Antigone ? », *J.T.*, 2016, p. 397).

La Cour constate qu'en toute hypothèse, les dispositions dont M. B invoque la violation concernent les communications électroniques et qu'elles ne s'appliquent donc pas au contrôle des fichiers stockés sur son disque dur (voir, à propos de la CCT n° 81 : C. trav. Bruxelles, 14 octobre 2011, R.G. n° 2010/AB/1029, *J.T.T.*, 2012, p. 171). L'irrégularité de la preuve obtenue en violation de ces dispositions ne peut donc concerner que les emails (ou les données de trafic internet).

Or, les éléments de preuve utilisés par QERNEL consistent essentiellement en différents fichiers (une douzaine) trouvés sur le disque dur de l'ordinateur mis à la disposition de M. B et présentés dans les rapports établis par I-FORCE. Il s'agit de fichiers Word, Pdf, Excel et Powerpoint. Les seuls emails produits concernent une communication ayant eu lieu les 20 et 23 mai 2011 entre l'appelant et Mme M. Ces emails sont issus de la messagerie *hotmail* privée de M. B et ont été récupérés via l'historique de navigation d'Internet Explorer (v. rapport final I-FORCE, pièce 10, pages 17-18). Quant au document nommé « K_v2.doc » présenté par QERNEL comme étant un mail de M. B à M. I (rapport Intermédiaire, pièce 9, page 13-14), M. B souligne qu'il s'agit d'un document Word et non d'un email et déclare qu'il « *ne sait pas si un tel e-mail a été en définitive adressé* » (ses conclusions, page 36).

Il s'ensuit que l'irrégularité ne peut avoir qu'une incidence très marginale sur l'admissibilité des preuves produites par QERNEL puisqu'elle ne concerne en l'espèce que les emails échangés entre M. B et Mme M, au vu desquels la Cour estime qu'ils ne constituent pas la preuve d'une activité concurrente (voir ci-dessous). Cette irrégularité pourrait aussi concerner la consultation du site de PARFINIS le 9 mai 2011 qui est également reprochée, mais cet élément est, lui aussi, très marginal et n'est en rien décisif (voir ci-après).

La Cour estime dès lors qu'il n'est pas pertinent de rencontrer plus longuement le moyen tiré de l'irrégularité de la preuve et examinera la crédibilité et la fiabilité des éléments invoqués par QERNEL considérés dans leur ensemble.

4. examen du motif grave

La S.A. QERNEL entend prouver les actes de concurrence exercés par M. B pendant l'exécution de son contrat de travail en produisant plusieurs rapports informatiques établis par la société I-FORCE, mandatée par la S.A. QERNEL pour examiner le contenu de l'ordinateur mis à la disposition de M. B. La S.A. QERNEL dépose le rapport intermédiaire de la société I-FORCE du 26 mai 2011 (pièce 9), le rapport final de I-FORCE



établi en janvier 2012 (pièce 10), une annexe du 16 janvier 2013 à ce rapport final (pièce 21), une attestation d'un analyste de la société I-FORCE du 28 juillet 2015 (pièce 33), un document repris en pièce 23 de l'inventaire de QERNEL sous l'intitulé « Logfile DC411 et DC415 », ainsi qu'un relevé téléphonique (pièce 11).

De son côté, M. B. produit, entre autres éléments, une attestation (pièce 24bis) datée du 3 septembre 2012 établie par M. K. K., alors administrateur délégué de PARFINIS et ex-directeur opérationnel de QERNEL, qui déclare :

- que M. B. a bien participé aux négociations tenues de janvier à fin mars 2011 concernant la reprise d'une branche d'activités de QERNEL par PARFINIS, en ce compris le transfert d'une partie du personnel,
- que M. B. a participé à ces négociations à travers différentes réunions avec lui-même (M. K. K.) ainsi que M. M. (administrateur-délégué de QERNEL), E. G., B. L., J. P., K. P.
- que tous les participants à ces réunions de négociation ont participé ensemble à l'élaboration des documents permettant la constitution de PARFINIS dans tous ses aspects, et que M. M. et E. G. étaient au courant de ce fait,
- que M. B. était régulièrement cité comme faisant partie du personnel transférable de QERNEL à PARFINIS,
- qu'en fin de période de négociation, fin mars 2011, Monsieur M. a refusé le transfert de M. B. vers PARFINIS,
- que c'est à partir de ce refus que M. B. a décidé d'investir dans PARFINIS.

Cette attestation comporte l'ensemble des mentions prévues à l'article 961/2 du Code judiciaire (même si une première mouture ne les comportait pas toutes).

Cette attestation ne peut être purement et simplement écartée pour le seul motif que, selon QERNEL, son auteur « *en tant que cofondateur et administrateur délégué de ParFinis SA, est une partie intéressée* » (conclusions de QERNEL, p. 3, note 2).

Cette attestation émane d'une personne particulièrement bien placée pour connaître le déroulement des négociations puisqu'il s'agit de l'ex-directeur opérationnel de QERNEL.

QERNEL ne produit du reste, alors que rien à priori ne l'en empêcherait, aucun élément en sens contraire (attestation, PV de réunion, ...) émanant par exemple de l'un ou l'autre des participants cités à ces réunions, qui attesterait que M. B. n'aurait pas été associé aux négociations ni présent aux réunions évoquées.

Il est donc suffisamment établi que M. B. a bien participé aux négociations entre QERNEL et PARFINIS et qu'il a assisté à des réunions dans ce cadre.



La Cour ne peut donc pas exclure l'hypothèse que la présence sur le disque dur de M. B de documents ou fichiers en lien avec PARFINIS s'explique par sa participation aux négociations, cette hypothèse présentant, aux yeux de la Cour, un degré de vraisemblance qui n'est pas négligeable et qui est d'autant plus élevé que, toujours selon l'attestation de M. K qui n'est contredite par aucun élément du dossier, tous les participants à ces réunions de négociation, et donc aussi M. B, ont participé ensemble à l'élaboration des documents permettant la constitution de PARFINIS dans tous ses aspects.

Il convient également de garder à l'esprit que la question du transfert de M. B vers la société PARFINIS s'est posée au cours des négociations, ce qui n'est pas contesté. M. B explique à cet égard qu'il s'attendait à rejoindre la nouvelle société, ce qui était logique selon lui puisqu'il avait travaillé longuement en interne avec K K sur la nouvelle méthode d'« architecture business ».

Dans ce contexte très particulier de négociations préalables à une cession de branche d'activités de QERNEL vers la nouvelle société PARFINIS auxquelles M. B établit avoir participé, avec un transfert de personnel envisageant le transfert de M. B lui-même, le fait que des documents liés à la société PARFINIS aient été trouvés sur le disque dur de M. B ne présente, en soi, rien d'anormal, y compris s'agissant de documents suggérant une collaboration avec PARFINIS, puisque le transfert de M. B vers cette société était envisagé, apparemment jusqu'à un stade avancé de la cession.

M. B souligne d'ailleurs pertinemment que la plupart des documents invoqués par QERNEL sont contemporains de cette période de négociations qui s'est poursuivie jusque fin mars 2011 et sont antérieurs à la création de la société PARFINIS.

La Cour ne peut pas davantage écarter l'explication de M. B selon laquelle la présence de fichiers pouvait résulter de la synchronisation de son PC dans le réseau informatique de la société, ce qui pouvait aussi, toujours selon M. B, altérer les métadonnées de ces fichiers.

A cet égard, ni le rapport intermédiaire, ni le rapport final d'I-FORCE n'ont abordé d'initiative l'hypothèse de la synchronisation. L'explication fournie dans une attestation du 28 juillet 2015 par M. J V, analyste auteur du rapport intermédiaire de la société I-FORCE, selon laquelle « *il n'y a pas un seul dossier présent sur cet ordinateur qui semble être une copie d'un disque réseau de Qernel* » (pièce 33, page 1), n'apporte pas de certitude, d'autant que cette attestation est, comme l'ensemble des rapports qui la précèdent, purement unilatérale.

M. B fait également valoir que les rapports d'I-FORCE contiennent des informations contradictoires, comme une date de modification d'un document antérieure à sa date de création. Il relève que les explications fournies sur ce point par QERNEL dans ses conclusions



(page 22, note 38) laissent apparaître qu'un fichier créé sur un autre disque dur peut recevoir une nouvelle « created time » dès qu'il est copié sur le PC portable de M. B.

Ces explications de QERNEL accréditent ainsi le fait que certains documents créés par d'autres ont pu se retrouver sur le disque dur de M. B. ce qui peut s'expliquer soit parce qu'ils lui ont été transmis à l'occasion de sa participation aux négociations relatives à la cession d'une branche d'activité vers PARFINIS, soit en raison de la synchronisation de son PC avec le réseau QERNEL.

Ceci démontre la grande incertitude qui règne quant à la date exacte de création ou de modification d'un fichier et à l'identité de son auteur, sans même parler de l'utilisation réelle qu'aurait pu en faire M. B.

Il n'est donc pas possible d'admettre comme telle l'affirmation d'I-FORCE selon laquelle « *il est formellement inexact qu'il y a des fichiers sur cette machine qui ont été édités ou créés par d'autres comme Mr. B. le prétend* » (attestation de la société I-FORCE du 28 juillet 2015, pièce 33, p. 4/15). Le fait même de cette synchronisation des ordinateurs au sein de QERNEL n'est quant à lui pas contesté.

QERNEL reconnaît du reste que « *de certains fichiers, il est impossible de vérifier l'auteur et/ou la personne qui a modifié le fichier en dernier. La raison en est que ces fichiers ont été créés sur un autre disque dur et n'ont été copiés qu'ultérieurement sur l'ordinateur portable de l'appelant* » (conclusions de Qernel, page 27, note 52).

La Cour ne peut pas non plus écarter l'hypothèse avancée par M. B. selon laquelle la date du dernier accès à un fichier peut résulter de l'intervention d'un antivirus. A cet égard, l'affirmation contenue dans l'attestation de la société I-FORCE du 28 juillet 2015, selon laquelle « *en théorie cela est vrai, mais dans la pratique, cet antivirus ne fait pas ce genre de manipulation du temps sur cet ordinateur* », n'est pas du tout étayée, et elle semble en contradiction avec ce que QERNEL écrit dans ses conclusions lorsqu'elle présente la donnée d'« accessed time » comme « *le moment auquel le fichier est "touché" par un certain processus, p.ex. le moment auquel le fichier est ouvert, examiné par du logiciel antivirus (...)* » (page 22, note 38).

Cela étant, indépendamment de la question de la synchronisation et de la fiabilité des métadonnées, il y a lieu d'examiner si les éléments de l'enquête informatique réalisée pour l'employeur révèlent des actes de concurrence posés par M. B.

La Cour rappelle que la participation de M. B. dans le capital de la S.A. PARFINIS ne lui est pas reprochée, pas plus que sa qualité d'associé et d'administrateur de cette société.



La création par M. B de la société TEMONEO n'est pas non plus reprise à l'appui du licenciement et était connue de l'administrateur délégué de QERNEL, M. M M (pièce 21bis du dossier de M. B).

Il convient également de préciser que l'existence d'actes de concurrence posés par M. B ne saurait se déduire du seul caractère concurrentiel de l'activité de la société PARFINIS, sans que ne soit établie la participation personnelle de M. E à une activité concurrente.

Concernant les présentations PowerPoint exposant la stratégie marketing de PARFINIS ou d'autres documents de présentation présents sur le disque dur de M. B , il n'est pas établi qu'ils ont été créés par M. B et rien ne prouve qu'il s'en serait servi pour concurrencer son employeur. Dans le contexte de négociations décrit ci-dessus, et compte tenu de la synchronisation du PC de M. B dans le réseau, la seule présence de tels documents sur le disque dur ne peut constituer la preuve d'une activité concurrente dans son chef. La seule mention d'une date de modification du document (en mai 2011) est, compte tenu de ce qui a été dit plus haut sur l'incertitude de ce type de données, un élément bien trop précaire pour constituer la preuve d'une activité concurrente.

En ce qui concerne la carte de visite trouvée sur son PC (rapport Intermédialre, pièce 9, page 6), qui présente M. B comme un consultant de PARFINIS, l'appelant fait valoir que ce document s'est probablement retrouvé sur son disque dur en raison de la synchronisation, ce qui ne saurait effectivement être exclu (voir ci-dessus). Il explique que le nom de l'auteur du document ou de l'auteur de sa dernière modification n'est pas mentionné dans les rapports d'I-FORCE, et qu'il n'a jamais créé de dossiers intitulé simplement « DATA », qui est le nom du dossier dans lequel I-FORCE indique avoir trouvé ce document (dossier qui se trouverait « dans une partition à part du disque dur » selon I-FORCE). Il souligne que ce document a pour date de création le 6 mars et a été modifié le 9 mars 2011, soit avant la création de PARFINIS, et que si le rapport d'I-FORCE renseigne aussi le 24 mars comme date d'un accès à ce document (« accessed »), cela ne démontre pas une utilisation de ce document par M. B mais implique seulement que le fichier a été touché par un certain processus, tel qu'un antivirus.

M. B fait valoir que cette carte de visite, qui comprend un logo qui selon lui n'est pas celui de PARFINIS et n'est pas finalisée (elle ne comporte pas d'adresse), est visiblement un exercice de style non finalisé dans lequel son nom a été utilisé. Il souligne également que ce document est associé à une série de noms de personnes qui travaillent toutes chez QERNEL.

A l'estime de la Cour, rien n'indique que cette carte de visite ait été imprimée ou utilisée par M. B d'une quelconque façon. Elle apparaît plutôt comme une simulation, un projet inachevé sur lequel les noms d'autres membres du personnel de QERNEL pouvaient être affichés. Diverses options paraissaient pouvoir être activées au bas du document, comme



l'indication d'une adresse, d'un téléphone fixe, d'un logo pouvant, au choix, apparaître au recto ou au verso de la carte.

Cette pièce doit en outre être replacée dans le contexte décrit ci-dessus, où M. B s'attendait à être transféré vers la société PARFINIS à l'issue des négociations. Il y a lieu également de tenir compte de l'incertitude relevée quant à la fiabilité des métadonnées (voir ci-dessus).

Cette pièce ne saurait constituer une preuve de l'exercice d'une activité concurrente.

En ce qui concerne le document repris en page 13 du rapport intermédiaire sous l'intitulé « File : K _v2.doc », la Cour observe que M. B n'est ni l'auteur ni le destinataire de ce document, qui se présente comme un courrier de M. B à K. K. Ce document Word (M. B souligne qu'il ne s'agit pas d'un email) évoque la possibilité pour M. B de travailler en partie dans le cadre de PARFINIS et en partie pour des clients contactés par M. B, et envisage certaines modalités notamment financières de cette collaboration, en demandant à M. K s'il est d'accord.

Ce document apparaît dans le rapport intermédiaire d'I-FORCE comme créé le 20 mars et modifié le 10 mars 2011, et dans le rapport final comme datant du 10 mars 2011. Indépendamment de cette contradiction que M. B relève, ces dates sont antérieures à la création de PARFINIS et correspondent à la période de négociations sur la cession de la branche d'activité. Ce document indique que M. K envisageait de faire travailler M. B pour PARFINIS, et qu'il avait en outre demandé à M. B s'il acceptait d'offrir les services de M. B à des clients. Ce document ne prouve pas que les futures formes de collaboration qu'il envisage se sont concrétisées, ni qu'au cours de la relation de travail, M. B aurait effectivement presté pour PARFINIS ou collaboré avec M. B.

En ce qui concerne les échanges d'email entre M. B et Mme M entre le 20 et le 23 mai 2011², soit quelques jours avant le licenciement, ils révèlent seulement que M. B cherchait un emploi et était à ce titre en contact avec une personne qui place des consultants dans des sociétés. Le fait que l'email de Mme M le présente comme associé de PARFINIS ne révèle pas d'activité concurrente, M. B ayant affectivement la qualité d'associé, ce que QERNEL savait (cfr supra).

En ce qui concerne le fichier repris en page 19 du rapport final d'I-FORCE et intitulé « *Mailinglijst lancering parfinis v0.2_Avec contacts Didier.xls* », celui-ci se présente comme une liste de noms de personnes mentionnant également leur titre, ainsi que, dans une colonne distincte partiellement reproduite dans le rapport et intitulé « Signed by », le nom de certains employés ou collaborateurs de QERNEL.

² Seuls éléments de preuve obtenus de façon irrégulière, avec la consultation du site de PARFINIS le 9 mai 2011 (voir plus haut).



Dans le commentaire que I-FORCE a intégré à son rapport, il est indiqué que le document se compose d'un premier tableau intitulé « Clients prospects » contenant 203 entrées (seules les 6 ou 7 dernières entrées sont visibles), et un deuxième intitulé « Sheet 1 » contenant 127 contacts (dont seule une vingtaine apparaît dans le rapport). Un dernier tableau est mentionné, qui contient le nom de l'employé de QERNEL qui a « signé » avec le client, toujours selon le rapport (seule une vingtaine de colonnes apparaissent, contenant 6 ou 7 noms différents, dont certains reviennent souvent).

Les détails du fichier indiquent qu'il a été créé le 9 décembre 2003 par M. C (QERNEL précise qu'il s'agit d'une de ses consultantes) et renseignent le 2 mai 2011 comme date de dernière sauvegarde (« Date last saved »).

Au vu du document tel qu'il est présenté dans le rapport final de I-FORCE, il s'agit uniquement d'une liste de noms, accompagnés tantôt du titre professionnel mais sans le nom de la société (c'est le cas du « Sheet 1 »), tantôt avec la dénomination de l'entreprise (cas du « Prospect clients »), mais dans tous les cas sans adresse email correspondante ni aucune donnée de nature commerciale quelconque relative, par exemple, aux projets passés ou en cours.

M. B expose qu'il n'a aucun souvenir d'avoir ouvert ou complété ce document le 2 mai 2011, qu'il ne l'a en tout cas pas transmis « sinon les rapports I Force en auraient fait état », et que la date à laquelle il l'aurait sauvé (le 2 mai 2011) est postérieure au lancement de PARFINIS. Il ajoute qu'il se souvient que durant son occupation chez QERNEL, il lui a été demandé à plusieurs reprises de transmettre des noms de contacts, antérieurs également à son occupation chez QERNEL, pour adresser les vœux de QERNEL.

Pour les raisons exposées plus haut quant aux différentes situations qui peuvent modifier les données relatives à la datation ou à l'horodatage d'un document, la seule mention d'une date de dernière sauvegarde le 2 mai 2011 ne suffit pas à établir que M. B a utilisé ce document à cette date, ni l'utilisation qu'il en aurait faite.

QERNEL, qui a la charge de la preuve, qui a bénéficié d'un accès illimité au disque dur et aux emails de M. B, et a même pu visiter sa messagerie Hotmail, n'établit en aucune manière que ce document aurait été transmis par l'appelant à PARFINIS ni à qui que ce soit d'autre, ni l'utilisation que l'appelant en aurait faite, que ce soit le 2 mai 2011 ou à une autre date.

Dans les commentaires qui figurent dans le rapport d'I-FORCE, il est indiqué que l'intitulé du document signifie qu'il a été établi en vue de constituer une mailing-list pour PARFINIS.

L'intitulé du document pourrait effectivement le laisser supposer. Toutefois, dans le contexte décrit plus haut, qui est celui d'une cession d'une branche activité importante, avec



transfert de personnel, vers une société qui, comme le souligne l'appelant, n'est pas n'importe quelle société concurrente mais est elle-même issue de QERNEL, cette supposition ne suffit pas à établir l'intention que le rapport prête à l'intéressé.

QERNEL n'explique pas comment ce fichier, qui n'a pas été créé par M. E , s'est retrouvé sur son disque dur, ni pourquoi il faudrait considérer qu'il ne pouvait pas s'y trouver.

Dans ces conditions, et en l'absence de toute utilisation prouvée de ce document, la seule présence de ce fichier sur le PC de M. B à l'époque où il travaillait pour QERNEL avec comme seul élément de contextualisation l'indication d'une date de dernière sauvegarde le 2 mai 2011, ne suffit pas à établir le motif grave invoqué.

Ce document n'établit aucun acte de concurrence, et aucun autre élément du dossier ne prouve que M. B aurait utilisé ce fichier dans le cadre d'une activité concurrente pendant la relation de travail.

Compte tenu du contexte particulier déjà relevé de négociations sur la cession d'une branche d'activité de QERNEL vers PARFINIS, négociations auxquelles M. B a établi avoir participé et au cours desquelles il fut envisagé d'inclure M. B dans le transfert de personnel, la preuve d'une activité concurrente ne saurait se déduire de la seule présence sur le disque dur de M. B de documents tels que le projet de contrat de vente annoté par l'appelant relatif à cette cession, le rapport de réunion de lancement de PARFINIS reprenant certaines missions de formation et de confection de cartes de visites attribuées à M. B (rapport final I-FORCE, p. 14-15), et le document intitulé « Dc407.docx » trouvé dans la corbeille relatif à une répartition des tâches entre l'appelant et M. K concernant un « Workshop Quickstart BMM » chez « Start People » (rapport final I-FORCE, p. 12-13).

Compte tenu de ce qui a été exposé plus haut concernant le manque de fiabilité des métadonnées, le fait que ces documents aient été modifiés en mai 2011 ne prouve pas que M. B ait encore travaillé sur la présentation de PARFINIS après la création de cette société.

Pour le surplus, l'on ne saurait reprocher à l'appelant d'avoir fourni des explications contradictoires sur certains points dans ses conclusions successives (voir à cet égard les observations reprises en page 21 des conclusions de Qernel), dans la mesure où il n'a jamais pu accéder à son PC au cours de la procédure judiciaire, ce qui rend délicate l'élaboration d'une contre-argumentation.

Le fait, également mis en avant par QERNEL, que M. B ait consulté le site internet de PARFINIS le 9 mai 2011, ne prouve aucune activité concurrente. M. B indique à cet égard qu'il est possible qu'il ait consulté le site de PARFINIS mais qu'il ne s'en souvient pas, ce qui se conçoit.



Quant à l'affirmation de QERNEL selon laquelle l'appelant était mandaté par PARFINIS pour modifier le contenu de ce site web, affirmation énoncée dans l'annexe du 16 janvier 2013 au rapport final d'I-FORCE (pièce 21), elle est formellement contestée par M. B et ne repose sur aucun élément de preuve, le document présenté en page 4 de cette annexe comme étant un « print » d'un fichier Excel ne pouvant faire l'objet d'une interprétation univoque à cet égard.

La Cour note encore qu'après le transfert de personnel vers PARFINIS (qui a concerné un employé et trois ou quatre consultants indépendants), l'avenir de M. B au sein de QERNEL ne semblait plus assuré. M. B explique qu'il est à ce moment-là un des derniers employés de QERNEL non licencié ou sous préavis, à côté des Indépendants. La question de son transfert vers PARFINIS s'était posée au cours des négociations entre M. M et K. K, mais ce transfert n'avait finalement pas eu lieu, QERNEL expliquant dans ses conclusions que K. K « a confirmé ne pas vouloir l'intégrer dans la transaction car Monsieur B n'avait pas de projet externe et aurait dès lors représenté un coût important pour la nouvelle structure » (conclusions, p. 3, note 2).

Dans ce contexte où, comme l'ont relevé les premiers juges³, l'appelant n'avait plus de mission de consultance attribuée et ce « depuis un certain temps »⁴, l'on ne saurait reprocher à M. B d'avoir cherché du travail ailleurs et d'avoir, selon ce que certains documents trouvés sur son disque dur semblent indiquer, activé son réseau ou fait appel à des chasseurs de tête en vue d'obtenir de nouvelles collaborations, que ce soit en tant que salarié ou comme indépendant. Le fait qu'il ait eu l'intention d'exercer une activité concurrente et pu éventuellement poser certains actes préparatoires n'atteint pas le seuil de gravité requis par l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978. Enfin, l'on ne saurait davantage lui reprocher de ne pas avoir démissionné.

La Cour ne peut donc faire sienne la conclusion des premiers juges, qui ont considéré que les éléments produits par l'intimée démontrent que M. B s'est présenté vis-à-vis des tiers comme étant actif au sein de PARFINIS dès avril 2011, et qu'il a participé à la recherche de clients pour PARFINIS et proposé ses services à ces clients.

La Cour estime au contraire que la S.A. QERNEL reste en défaut de prouver qu'au cours des relations contractuelles, M. B aurait effectivement posé des actes de concurrence au service de la S.A. PARFINIS.

³ Feuille 11 du jugement.

⁴ Conclusions de QERNEL, p. 31.



5. l'indemnité compensatoire de préavis

Le motif grave n'étant pas établi, l'indemnité compensatoire de préavis est due.

L'appelant réclame une indemnité de préavis de 49.777,43 € calculée sur la base d'un salaire annuel brut de 85.332,74 € et d'un délai de préavis de 7 mois.

A raison QERNEL fait valoir que la rémunération de base doit être fixée à 81.253,68 € étant donné que l'appelant n'établit pas son droit à un salaire variable en 2010-2011 et ne justifie pas le poste « autres avantages ».

En fonction de la législation applicable à la date du licenciement, la durée du préavis convenable doit être déterminée, « eu égard à la possibilité existant pour l'employé de trouver rapidement un emploi adéquat et convenable, compte tenu de son ancienneté, de son âge, de ses fonctions et de sa rémunération, en fonction des éléments propres à la cause » (cfr notamment, Cass. 2 décembre 2002, S.02.0060.N ; Cass. 4 février 1991, Pas., I, p. 536 ; Cass. 3 février 1986, J.T.T. 1987, p. 58 ; Cass. 17 septembre 1975, Pas. 1976, I, p. 76).

Compte tenu de son âge à la date du licenciement (41 ans), de son ancienneté (3,5 ans), de sa rémunération annuelle et de sa fonction, le Tribunal estime qu'un délai de préavis de 4 mois est raisonnable.

L'appelant n'établit pas qu'un délai de préavis plus long lui était nécessaire pour retrouver un emploi équivalent.

Pour le surplus, la durée du préavis ne peut être influencée par l'existence de reproches émis par l'employeur à l'égard de son employé (Cour. trav. Liège, 12 mai 2005, J.T.T., 2006, p. 205).

L'indemnité compensatoire de préavis ainsi déterminée s'élève à 27.084,56 €.

ii. Demande subsidiaire

La demande d'indemnité compensatoire de préavis, formée à titre principale, étant déclarée fondée, il n'y a pas lieu de statuer sur la demande formée à titre subsidiaire par M. B tendant à obtenir des dommages et intérêts de 25.000 € correspondant à la perte de la chance de garder son emploi suite au défaut d'audition préalable à son licenciement.



iii. Sur la demande de 1.000 € nets à titre de retenue illégale sur la rémunération

M. B a demandé au Tribunal de condamner QERNEL à lui rembourser les 1.000 € nets retenus sur son salaire en violation de la loi de 1965 sur la protection de la rémunération. Selon lui, c'est à tort que QERNEL prétend que « lors de la remise de la voiture de société le 24 mai 2011, (QERNEL) a constaté que 2 sièges supplémentaires faisaient défaut ».

QERNEL fait valoir que ALD Automotive lui a facturé la somme de 1.000 € pour les sièges manquants, un montant de 220 € pour le dommage de fin de contrat (griffe sur la voiture) et 121 € pour la carnet d'entretien manquant. Cela ressort de la facture de la société ALD (pièce 17 du dossier de QERNEL).

M. B n'a pas réagi aux courriers lui demandant de restituer ces deux sièges (pièce 15 du dossier de QERNEL).

La Car Policy de QERNEL prévoit que le dommage constaté en fin de contrat est à charge du travailleur (pièce 17).

La somme de 1.000 € restait donc bien à charge de Monsieur B et QERNEL pouvait retenir cette somme sur le pécule de vacances (qui ne constitue pas de la rémunération au sens de l'article 23 de la loi relative à la rémunération).

Ce chef de demande est non fondé. Le jugement sera confirmé sur ce point.

iv. Sur la demande de 2.139 € bruts à titre de prime de fin d'année

M. B réclame une prime de fin d'année 'prorata temporis' d'un montant de 2.139 € brut.

QERNEL s'y oppose en faisant valoir qu'aucune prime de fin d'année n'est due en cas de licenciement pour motif grave.

Le motif grave n'ayant pas été admis par la Cour, la prime de fin d'année, dont le montant n'est pas en tant que tel contesté, est due.



v. Sur la demande d'indemnité à déterminer couvrant le capital et les intérêts qui auraient dû être obtenus conformément au plan d'épargne d'investissement convenu en avril 2009

QERNEl proposait chaque année à ses employés de participer à un plan d'épargne d'investissement par lequel une partie du bénéfice de l'entreprise leur était attribuée.

L'exercice comptable de QERNEl se clôturant au 31 mars de chaque année, la participation au plan était proposée en avril de chaque année et les montants dus étaient déterminés en juillet ou en septembre après approbation des comptes.

M. B expose :

- qu'il a participé à ces plans pour les exercices clôturés au 31 mars 2008 et au 31 mars 2009 ; QERNEl était en perte pour l'exercice clôturé au 31 mars 2010 et aucun plan ne fut donc proposé,
- pour le premier plan, n'ayant pas encore passé une année complète au service de QERNEl, il a perçu en juillet 2008 la somme de 1.001,30 EUR (après retenue du précompte mobilier) ; ce montant, immédiatement prêté à la société conformément au plan, a été remboursé après trois ans, soit le 31 mars 2011,
- qu'après approbation des comptes annuels en juillet 2008, le bénéfice au 31 mars 2008 avait été fixé à 188.014,60 EUR ; l'année suivante, le bénéfice au 31 mars 2009, tel que déterminé en septembre 2009, ne fut que de 79.149,62 EUR, soit une diminution de plus de 50% par rapport à l'année précédente.

M. B indique qu'« il est apparu à posteriori que cette forte diminution s'explique au moins en partie par la structure mise en place par les actionnaires de QERNEl dans le courant de l'exercice 2008-2009 ». Il reproche à QERNEl d'avoir, en mai 2008 et sans en informer l'ensemble du personnel, créé une sous-filiale au Grand-Duché de Luxembourg, la société QERNEl MANAGEMENT SOLUTIONS S.A. (QMS), vers laquelle auraient été transférés certains contrats avec des clients belges de QERNEl.

M. B indique que cette société n'a qu'une existence virtuelle et semble en réalité gérée depuis la Belgique par les dirigeants de QERNEl. Il considère qu'en agissant ainsi, QERNEl a fait en sorte qu'une partie du bénéfice qu'elle aurait dû réaliser soit obtenu par sa filiale luxembourgeoise, ce qui a réduit de façon arbitraire le montant de bénéfice qui aurait dû entrer dans le calcul du montant disponible pour les employés au titre du plan d'épargne d'investissement. Il réclame en conséquence une indemnité représentant le montant en principal et intérêts qu'il aurait perçu si les bénéfices réalisés par QERNEl avaient inclus ceux obtenus par QMS. Aux fins de déterminer cette indemnité, il a demandé au Tribunal que QERNEl soit invitée à fournir la liste des contrats transférés à QMS, le compte de résultat de cette société au 31 mars 2009 ainsi que le détail des factures que celle-ci a payé à ses prestataires de services et dirigeants.



Le Tribunal n'a pas fait droit à cette demande. Après avoir rappelé que les sommes dues en application du plan d'épargne d'investissement ne sont pas des rémunérations protégées au sens des lois du 3 juillet 1978 et 12 avril 1965, il a estimé que la demande impliquait une ingérence dans la gestion de la société, alors que, selon la Cour de cassation, le juge ne peut exercer de contrôle d'opportunité sur les choix de gestion opérés par l'employeur. Le Tribunal a en outre estimé que M. B ne précisait pas de quelle manière il calculera sa demande à partir des documents qu'il sollicite.

M. B conteste que l'obtention des documents demandés implique une immixtion dans la gestion de QERNEL ou de sa filiale. Il indique qu'il ne réclame aucune appréciation de la part de la Cour quant à l'existence d'une faute de gestion de la société mais uniquement la reconnaissance de son droit à obtenir des explications sur le respect par QERNEL et ses dirigeants de leurs obligations contractuelles, lesquelles doivent être exécutées de bonne foi.

L'appelant maintient sa demande et estime qu'« il y a lieu d'inviter QERNEL à fournir la liste des contrats transférés à QMS, le compte de résultat de cette société au 31 mars 2009 ainsi que le détail des factures que celle-ci a payé à ses prestataires de services et dirigeants afin de déterminer le montant du préjudice subi par M. B. » (ses conclusions, p. 52).

QERNEL considère que M. B n'étaye en rien ses affirmations et a, « dans un souci de transparence », déposé les comptes annuels de sa filiale luxembourgeoise, lesquels font apparaître que les bénéfices de cette société n'atteignaient que 4.197,09 € en 2009 (pièce 31 et pièce 32). Elle en déduit que la thèse de l'appelant ne tient pas la route.

L'appelant réplique que « le bénéfice net d'une société est le résultat de son chiffre d'affaires déduction faite de ses charges », et qu'« en augmentant les charges, par exemple au travers de prestations de management facturées à QMS par ses actionnaires et dirigeants, il est donc relativement aisé de limiter le bénéfice net de la société. Le montant du bénéfice bilantaire ne donne donc pas une indication de l'activité réelle de la société, qui ne peut être évaluée que sur base du compte de résultat et l'indication des personnes ou sociétés qui ont bénéficié de versements à sa charge ».

QERNEL estime que l'appelant n'apporte pas la moindre preuve à cet égard, et ajoute que son affirmation ne concorde pas avec l'affirmation précédente de l'appelant selon laquelle tous les frais de la filiale seraient récupérés auprès de la S.A. QERNEL.

L'article 877 du Code judiciaire dispose :

« Lorsqu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention par une partie ou un tiers, d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent, le juge peut



ordonner que ce document ou une copie de celui-ci certifiée conforme, soit déposé au dossier de la procédure ».

La Cour estime que la thèse de M. B. repose sur de simples suppositions et qu'elle ne repose pas sur des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes du fait allégué, à savoir que QERNEL aurait, en fraude des droits de ses salariés, fait en sorte qu'une partie du bénéfice qu'elle aurait dû réaliser soit obtenu par la société QMS.

La demande de condamnation à une indemnité couvrant le capital et les intérêts qui auraient dû être obtenus est donc non fondée et il n'y a par conséquent pas lieu d'ordonner la production de documents en vue de calculer cette indemnité.

Le jugement sera donc confirmé en ce qu'il a déclaré ce chef de demande non fondé.

vi. Documents sociaux

M. B. demande que la société soit condamnée, sous peine d'une astreinte de 50 € par jour et par document, à lui délivrer les documents sociaux suivants rectifiés : le C4, la fiche de salaire de mai 2011, le décompte individuel 2011 et la fiche fiscale 281.10 pour l'année 2011.

Il y a lieu de faire droit à cette demande, sauf en ce qui concerne l'astreinte, rien ne permettant de craindre que l'intimée tente de se soustraire à cette condamnation.

b. Quant à l'appel incident

i. Dommage commercial (5.000 € provisionnels) et vol salarial (25.861,83 € provisionnels)

Dans la mesure où ces demandes incidentes se fondent sur l'exercice d'une activité concurrente pendant la relation de travail, elles seront déclarées non fondées, la Cour ayant considéré lors de l'examen du motif grave que la preuve d'une telle activité n'était pas rapportée.

ii. « Dommage fin de contrat » et non restitution du carnet d'entretien de la voiture de société (341 € provisionnels)

QERNEL réclame 341 € « du chef du dommage fin de contrat et de la non-restitution du carnet d'entretien de la voiture de société (selon la facture adressée par A L D Automotive) ».



La Cour constate, comme les premiers juges, qu'aucun élément ne permet de confirmer que M. B est à l'origine de la griffe sur le véhicule et de la disparition du carnet d'entretien.

Ce poste de la demande incidente n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR DU TRAVAIL,

Statuant après un débat contradictoire,

Déclare l'appel principal de M. B recevable et fondé,

Déclare la demande de M. B fondée, dans la mesure suivante,

Condamne la S.A. QERNEL à payer à M. B les montants bruts suivants, majorés des intérêts légaux à dater du 26 mai 2011 et des intérêts judiciaires, et sous déduction des retenues sociales et fiscales,

- 27.084,56 € bruts à titre d'indemnité compensatoire de préavis correspondant à 4 mois de rémunération,
- 2.139 € bruts à titre de prime de fin d'année,

Condamne la S.A. QERNEL à délivrer les documents sociaux suivants, rectifiés en tenant compte du présent arrêt : le C4, la fiche de salaire de mai 2011, le décompte individuel 2011, ainsi que la fiche fiscale 281.10 pour l'année 2011,

Réforme dans cette mesure le jugement entrepris,

Déclare l'appel incident de la S.A. QERNEL recevable mais non fondé,

Confirme le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré les demandes reconventionnelles de la S.A. QERNEL non fondées,

Condamne la S.A. QERNEL aux dépens des deux instances, liquidés pour chaque instance à la somme de 2.750 € représentant l'indemnité de procédure, soit 5.500 €.



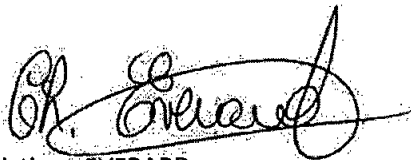
Ainsi arrêté par :

Jérôme MARTENS, conseiller, désigné par ordonnance de Madame la première Présidente de la cour du travail de Liège sur la base de l'article 113bis du Code judiciaire dd 1^{er} juillet 2016 ;

Pierre WOUTERS, conseiller social au titre d'employeur,

Claude PYNAERT, conseiller social au titre d'employé,

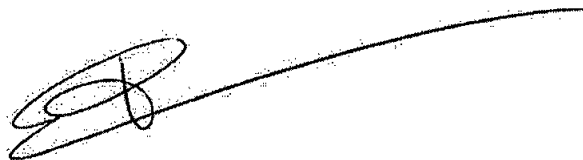
Assistés de Christiane EVERARD, greffier



Christiane EVERARD,



Claude PYNAERT,



Pierre WOUTERS,

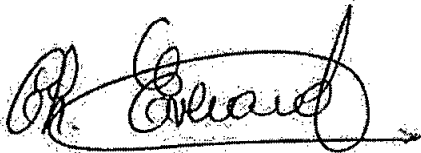


Jérôme MARTENS,

et prononcé, en langue française à l'audience publique extraordinaire de la 4^{ème} Chambre de la Cour du travail de Bruxelles, le 04 août 2016, où étaient présents :

Jérôme MARTENS, conseiller, désigné par ordonnance de Madame la première Présidente de la cour du travail de Liège sur la base de l'article 113bis du Code judiciaire dd 1^{er} juillet 2016 ;

Christiane EVERARD, greffier



Christiane EVERARD,



Jérôme MARTENS,

