



N° d'ordre

Expédition

Délivrée à
Pour la partie

le
€
JGR

Numéro du répertoire

2019 /

R.G. Trib. Trav.

15/551/A

Date du prononcé

24 avril 2019

Numéro du rôle

2018/AU/12

En cause de :

G.C
C/
DERMEDIL SA

Cour du travail de Liège

Division Neufchâteau

Chambre 8-B

Arrêt

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

* contrat de travail employé Motif grave - échange de SMS avec un collègue - contenu dénigrant - intention de nuire - régularité de la preuve Art. 8 CEDH Art. 124 loi du 13.06.2005 relative aux communications électroniques

EN CAUSE :

Madame G.C., domiciliée à ,
partie appelante, ci – après dénommée Madame G.,
représentée par Madame Isabelle LEYMAN, déléguée syndicale de la CSC d'Arlon, au sens de l'article 728 §3 du Code judiciaire, dont les bureaux sont établis à 6700 ARLON, rue Pietro Ferrero, 1,

CONTRE :

La SA DERWENT MEDICAL INVESTMENTS LIMITED, en abrégé DERMEDIL, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0436.576.709, dont le siège social est établi à 6800 LIBRAMONT-CHEVIGNY, Avenue d'Houffalize, 65,
partie intimée, ci – après dénommée l'employeur ou la SA,
ayant comparu par Maître Géraldine MASSART Géraldine, avocat à 4020 LIEGE, Place des Nations Unies, 7.

•
• •

INDICATIONS DE PROCEDURE

Vu en forme régulière les pièces du dossier de la procédure à la clôture des débats le 27.03.2019, et notamment :

- les jugements attaqués, rendus contradictoirement entre parties les 16.01.2017 et 27.11.2017 par le tribunal du travail de Liège, division Neufchâteau, 3ème Chambre (R.G. 15/551/A) ;
- la requête formant appel de ce jugement, remise au greffe de la Cour du travail de Liège, division Neufchâteau, le 17.01.2018 et notifiée à la partie intimée par pli

- judiciaire le 18.01.2018 invitant les parties à comparaître à l'audience publique du 28.02.2018 ;
- l'ordonnance rendue le 07.03.2018, sur pied de l'article 747 du Code judiciaire, fixant les plaidoiries à l'audience publique du 27.03.2019 ;
 - les conclusions et conclusions de synthèse de la partie intimée, remises au greffe de la cour respectivement les 03.05.2019 et 03.09.2019 ;
 - le dossier de pièces de la partie intimée remis au greffe le 03.09.2019 ;
 - les conclusions de la partie appelante, remises au greffe de la cour le 02.07.2018 ;
 - le dossier de pièces de la partie appelante remis au greffe le 02.07.2019.

La représentante de la partie appelante et le conseil de la partie intimée ont plaidé lors de l'audience publique du 27.03.2019 et la cause a été prise en délibéré immédiatement.

I. LA DEMANDE ORIGINALE – LES JUGEMENTS DONT APPEL – LES DEMANDES EN APPEL

I.1. La demande originale

Par citation du 28.10.2015 et sur base du dispositif de ses dernières conclusions prises devant le tribunal, Madame G. a demandé la condamnation de son employeur à lui payer la somme brute de 16.604,82€ à titre d'indemnité compensatoire de préavis (3 mois et 8 semaines de rémunération), à tout le moins à titre de dommages et intérêt équivalents, à augmenter des intérêts moratoires légaux et judiciaires ; outre la délivrance sous peine d'astreinte de la fiche de paie correspondant à cette condamnation et les dépens (184,46€).

I.2. Les jugements dont appel

Par un premier jugement du 16.01.2016, le tribunal a estimé que la lettre de rupture reprenant les motifs était suffisamment précise.

Concernant le délai de trois jours dans lequel le licenciement doit intervenir, le tribunal a autorisé l'employeur à rapporter la preuve des faits suivants :

«-Durant la nuit du 11 au 12 janvier 2015, Monsieur G. partageait le travail de nuit avec Mesdames Roseline H. et Emilie G. au sein de la résidence SA ;

- A cette occasion Monsieur G. a été pour la première fois informé par Madame Roseline H. de l'existence de SMS échangés entre elle et Madame G. entre le 18 décembre et le 1er janvier 2015 ».

Quant à la régularité de la preuve apportée par voie de SMS (pour autant que l'on puisse assimiler un échange SMS à de la correspondance), le tribunal a estimé que dans la mesure où en l'espèce, c'était la destinataire du message qui avait communiqué celui-ci à l'employeur, il ne pouvait être question d'irrégularité dans la production de preuve. Ce message ne comportait aucune mention de confidentialité.

Le procès – verbal des enquêtes directes tenues le 24.03.2017 permet de prendre connaissance des témoignages de :

- Madame Roseline H., aide – soignante, qui a précisé avoir volontairement parlé et montré les SMS échangés avec Madame G. à Monsieur G. lors de la nuit de travail du 10 au 11.01.2015 ;
- Monsieur G., infirmier et compagnon de la responsable de la SA, qui confirme les faits ;
- Madame Emilie G. qui précise avoir été au courant de l'échange entre Madame Roseline H. et Monsieur G. qui s'est produit durant la nuit de travail du 10 au 11.01.2015.

Selon le procès – verbal d'enquêtes contraires du 19.05.2017, Madame Magaly H., infirmière, a été entendue et précise avoir été mise au courant des faits par Madame Roseline H. sans pouvoir préciser la date qui « doit tourner autour de la lettre de licenciement ».

Par un jugement du 27.11.2017, le tribunal du travail a dit la demande non fondée et a condamné Madame G. aux dépens de l'instance liquidés à la somme de 1 210€.

Il a dit le jugement exécutoire par provision nonobstant appel et sans garantie en vertu de l'article 1397 du Code judiciaire.

I.3. Les demandes et les moyens des parties en appel

I.3.1°- La demande et les moyens de la partie appelante, Madame G.

Sur base de sa requête d'appel adressée au greffe de la cour par courrier recommandé reçu le 17.01.2018 et du dispositif de ses dernières conclusions prises en appel, Madame G. demande à la cour de dire son appel recevable et fondé, de mettre à néant les jugements dont appel, de condamner l'employeur à lui verser la somme de 16.604,82 € bruts à titre d'indemnité de rupture ou à tout le moins de dommages et intérêts équivalents, sous réserve de majoration ou de minoration en cours d'instance s'il échet et sous déduction des retenues légales en matière de sécurité sociale et de précompte professionnel.

Il est également demandé de condamner l'employeur à délivrer à Madame G., la fiche de paie relative à l'indemnité de rupture et la souche fiscale correspondante et à défaut pour lui de se faire dans les 8 jours de la signification du jugement, de l'entendre condamner à lui payer une astreinte de 25 € par document manquant et par jour de retard.

Les dépens sont liquidés (citation : 184,46 €).

Les arguments et/ou moyens développés sont les suivants :

1° - le non – respect du délai de 3 jours au regard d'un dernier SMS échangé le 01.01.2015 ; l'employeur ne justifie pas d'une prise de connaissance des faits le 11.01.2015.

Les attestations des deux aides – soignantes ont été établies pour les besoins de la cause, elles mentionnent une date de communication le 11.01.2015 alors que ces SMS sont connus

antérieurement et de nombreuses imprécisions et contradictions sont relevées entre ces attestations et ces témoignages.

2° - l'imprécision des griefs invoqués dans la lettre de licenciement qui sont en majorité des reproches vagues, non factuels et non datés à l'exception de la référence à l'échange de SMS des 18.12.2014 et 01.01.2015.

3° - l'irrégularité de la preuve reposant sur la production de SMS échangés entre Madame G. et Madame Roseline H. ; il s'agit de SMS échangés à titre privé en dehors du cadre professionnel et l'employeur qui les produit n'est ni l'expéditeur ni le destinataire de ces SMS.

La jurisprudence « Antigone » ne s'applique pas dans le contentieux social.

4° - la non imputabilité de la faute eu égard à l'état dépressif de Madame G. (névrose d'angoisse attestée par le certificat médical produit), la teneur de ses propos ne relève pas de son comportement habituel et normal.

5° - l'absence de gravité des motifs.

L'employeur reproche à Madame G. :

- les critiques émises à son encontre qui relèvent de la liberté d'expression et doivent être replacées dans le contexte d'un état de santé dépressif subi par Madame G.,
- une incapacité de travail fictive alors que l'incapacité est justifiée par un certificat médical,
- l'incitation des autres collègues à se mettre en incapacité de travail ne fait pas obstacle au libre arbitre des collègues qui ne sont pas sous l'autorité hiérarchique de Madame G., elle ne fait que mettre en évidence par ses propos les conditions de travail pénibles qui régnaient à l'époque (en lien avec la mise en place d'une délégation syndicale),
- le non – respect du règlement de travail alors que celui – ci n'est pas valablement produit (il n'est produit qu'en extrait) et que Madame G. n'a pas reçu communication de ce document,
- le défaut d'information à l'employeur d'une absence du domicile pendant la période d'incapacité ; il s'agit de la période de Noël et la sanction ne pourrait qu'être le non – paiement du salaire garanti en cas de contrôle,
- des prestations en qualité de garde d'enfants ; les faits sont extrapolés, il s'agit d'une entraide familiale,
- la non – réalisation de certaines tâches, les griefs sont contestés et reposent sur des attestations vagues de deux collègues.

1.3.2° - Les demandes et les moyens de la partie intimée, l'employeur

L'employeur demande à la cour de déclarer l'appel recevable mais non fondé, de débouter intégralement Madame G. de son appel, de confirmer les deux jugements déférés en toutes leurs dispositions et de condamner Madame G. aux entiers dépens d'instance et d'appel, l'indemnité de procédure d'appel étant liquidée à la somme de 1 210€.

Les moyens et/ou arguments développés sont les suivants :

- la lettre de licenciement est précise comme l'a retenu le tribunal et Madame G. s'est d'ailleurs défendue précisément au départ de cette lettre qu'elle a contestée point par point,
- le délai de trois jours est bien respecté ; il est prouvé, sur base des attestations et des enquêtes, que l'employeur a eu connaissance des SMS litigieux dans la nuit du dimanche 11.01.2015 et la date de ces SMS importe peu eu égard à la condition légale qui précise le point de départ de ce délai qui ne correspond pas à la date des faits litigieux,
- la production des SMS est régulière puisque l'employeur en a eu connaissance fortuitement ce qui ne viole donc aucunement le principe du droit au respect de la vie privée ; la jurisprudence « Antigone » devrait trouver à s'appliquer si la preuve était qualifiée – *quod non* – de preuve irrégulière ; les attestations produites démontrent le fait indépendamment de la production des SMS,
- la gravité du motif est à apprécier eu égard à la nature de l'activité qui porte sur le bien-être des personnes âgées fragilisées ; les SMS traduisent un discrédit et une volonté de nuire à l'employeur personnellement et en incitant les collègues de travail à faire de même ; l'attitude est déloyale,
- les certificats médicaux produits ne permettent ni de retenir une cause d'exonération de responsabilité ni une atténuation de celle-ci et donc du caractère fautif de propos tenus. Madame G. ne justifie que d'une seule consultation médicale chez un généraliste qui ne fait que rapporter ses déclarations unilatérales et qui décide, sur cette base et celle d'un diagnostic de « névrose d'angoisse » qui ne correspond pas à un état dépressif, de l'éloigner du travail sans mentionner aucun suivi ni effets secondaires d'un traitement prescrit.

II. L'EXPOSÉ DES FAITS PERTINENTS POUR LA SOLUTION DU LITIGE

Les faits pertinents de la cause, tels qu'ils résultent des dossiers de pièces déposés par les parties et de leurs écrits de procédure, peuvent être résumés comme suit.

L'employeur gère une maison de repos et de soins (ci – après en abrégé MRS) occupant une quarantaine de travailleurs pour un total de 108 lits.

Le 04.06.2013, les deux parties ont conclu un contrat de travail d'employé, à temps plein, à durée indéterminée.

Madame G. était engagée en qualité d'infirmière graduée à dater du 11.06.2013.

Dans le cours de l'année 2014 et au début de l'année 2015, Madame G. a fait l'objet de différentes périodes d'incapacité :

- du 12.05.2014 au 15.06.2014,
- du 04 au 05.07.2014,
- du 07 au 31.08.2014,
- du 01 au 15.09.2014,
- du 21 au 24.10.2014,
- du 18.12.2014 au 18.01.2015.

Par courrier recommandé du 13.01.2015, Madame G. a été licenciée pour motif grave.

Le courrier lui notifiant le congé comprend trois pages qui peuvent être résumées comme suit :

- l'employeur est mis au courant des faits justifiant le motif grave en date du dimanche 11.01.2015 par l'intermédiaire de Monsieur G. (un collègue infirmier qui est le mari de la gérante de la SA) qui lui rapporte les propos confiés par deux autres collègues, Madame Roseline H. et Madame Emilie G. durant la nuit de travail partagée avec elles,
- l'employeur a ainsi pris connaissance des SMS échangés entre Madame G. et Madame Roseline H. en date du 18.12.2014 et du 01.01.2015,
- le contenu de certains de ses SMS est repris in extenso « *Ils sont vraiment dans la merde, mais ils l'ont bien cherché !* » ; « *J'espère ke vous n'avez pas fait trop de concessions pour le home. Ils ne méritent vraiment pas.* » « *Je sais ke t'as une conscience, mais je t'ai dit ke si tu voulais congé, t'as ka faire kom tt le monde, c te mettre en arrêt ! Le problème, c pas nous, c les patrons.* » (sic),
- ces SMS et les informations apportées par les deux collègues de travail traduisent les attaques de Madame G. contre la SA et sa direction en jetant le discrédit sur l'entreprise,
- Madame G. tente de rallier ses collègues à son point de vue désobligeant et à un mode opératoire consistant à en faire le moins possible dans le cadre de l'exécution du contrat de travail en se faisant délivrer des certificats de complaisance pour avoir des congés, dans l'objectif de mettre son employeur en difficulté,
- la lecture des SMS permet de constater que Madame G. est partie chez son frère en Bretagne durant une période d'incapacité, pour garder ses enfants,
- ces faits s'inscrivent dans un contexte préexistant révélé par les collègues de travail le 11.01.2015 : le travail des collègues du soir est critiqué par Madame G. (inadéquat et peu professionnel) qui tente par des demandes d'aménagement de l'organisation de son travail (notamment pour la charge administrative, en tentant de privilégier le rangement des médicaments au détriment des soins et de la surveillance des patients) à se créer une zone de confort au détriment d'une bonne répartition de la charge de travail et de la qualité des prestations dues aux personnes âgées fragilisées conformément à l'éthique de la profession ; elle manipule également ses collègues (en tentant de semer la zizanie par des informations contradictoires et la formulation de plaintes, la diffusion de fausses informations telles l'installation de caméras et de micros de surveillance par la direction) dans le même objectif, ralentit son rythme de

travail (préparation des médicaments en deux heures contre un quart d'heure pour les collègues ; un change alors que les collègues en font cinq sur la même durée), ne se munit pas du bip pour ne pas être dérangée, ne répond plus aux sonnettes une demi – heure avant la fin de son service et remet cette tâche sur l'équipe qui prend le relai du matin.

Le licenciement a été contesté par l'intermédiaire de l'organisation syndicale de Madame G.

III. LA DECISION DE LA COUR

III.1. La recevabilité de l'appel

Il ne résulte d'aucun élément que les jugements dont appel auraient été signifiés, ce qui aurait fait courir le délai d'appel prévu à l'article 1051 du Code judiciaire.

Toutes les autres conditions de recevabilité de l'appel sont par ailleurs remplies.

L'appel est recevable en ce qu'il est dirigé contre les deux jugements.

III.2. Le fondement de l'appel

III.2.1°- Les dispositions applicables en matière de preuve et de respect de la vie privée

L'article 8 de la CEDH proclame le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance.

Le paragraphe 2 de cet article prévoit les conditions dans lesquelles une ingérence est admise.

Le droit au respect de la vie privée vise également les relations des individus entre eux.

Une atteinte au droit au respect de la vie privée suppose que celui qui se prétend victime d'une violation de l'article 8 puisse raisonnablement croire au caractère privé de la situation¹.

L'article 124 de la loi du 13.06.2005 relative aux communications électroniques dispose que :
« S'il n'y est pas autorisé par toutes les personnes directement ou indirectement concernées, nul ne peut :

1° prendre intentionnellement connaissance de l'existence d'une information de toute nature transmise par voie de communication électronique et qui ne lui est pas destinée personnellement ;

2° identifier intentionnellement les personnes concernées par la transmission de l'information et son contenu ;

3° sans préjudice de l'application des articles 122 et 123 prendre connaissance intentionnellement de données en matière de communications électroniques et relatives à une autre personne ;

4° modifier, supprimer, révéler, stocker ou faire un usage quelconque de l'information, de l'identification ou des données obtenues intentionnellement ou non. »

¹ S. Gilson, F. Lambinet et K. Rosier, Le droit au respect de la vie privée au travail, Anthémis, 2012, pp.21 et svtes

III.2.2° - Le motif grave et l'indemnité de rupture

α- Respect du délai et des formes prévus par l'article 35 de la loi sur le contrat de travail

Rappel des principes

L'article 35 de la loi du 03.07.1978 sur le contrat de travail prévoit que 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 fournir la preuve qu'elle a respecté les délais prévus.

La cour, saisie d'un litige sur cette base doit donc vérifier :

-d'office, sauf à vérifier au préalable l'existence d'une renonciation valable², le respect du double délai de 3 jours c'est-à-dire le délai pour donner le congé (dans les 3 jours ouvrables de la connaissance du fait à l'origine du motif grave) et le délai pour notifier, selon les modalités prévues, les motifs invoqués pour justifier la rupture : le délai commence à courir à partir du moment où l'auteur du congé a une certitude suffisante de l'existence des faits reprochés à l'autre partie et des circonstances de nature à leur attribuer le caractère de motif grave.³

- la précision des motifs invoqués au titre de motif grave :

*« Les motifs graves de nature à justifier un congé sans préavis doivent être exprimés dans la lettre de congé de manière, d'une part, à permettre à la partie qui a reçu le congé de connaître les faits qui lui sont reprochés et, d'autre part, à mettre le juge à même d'apprécier la gravité du motif invoqué et de vérifier s'il s'identifie avec celui qui est allégué devant lui ».*⁴

-le congé doit porter sur au moins un fait constitutif de faute dont l'auteur du congé a eu connaissance dans les trois jours qui le précèdent. La Cour de Cassation a considéré que «

²Cass., 22 mai 2000, Pas, 2001, p.943 («Attendu qu'aux termes de l'article 35, alinéas 3 et 4, de la même loi, 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 et 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 ;Que cette disposition est impérative en faveur du travailleur et de l'employeur, donc du demandeur ;Attendu que, partant, la cour du travail était tenue d'examiner l'application de cette disposition, dans le respect des droits de la défense des parties, même si le demandeur s'était abstenu de faire état de celle-ci dans un premier temps ») et C.T. Mons, 29/06/2011, RG n°2010/AM/326 cité dans BSJ n°463, nov. 2011-1 p.6

³ V.VANNES, "Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques", BXL, Bruylant, 1996, pages 655 et suivantes

⁴ Cass. 24 mars 1980, Pas. 1980, I p. 900 ; B.PATERNOSTRE, « La précision du motif grave ... Le clair ou l'obscur ? » in LE CONGE POUR MOTIF GRAVE, Notion, évolutions, questions spéciales, Anthémis, 2011, pages 141 et suivantes ; Deckers, H., « Le licenciement pour motif grave - Chronique de jurisprudence (2012-2016) - Définition et formalisme », Or., 2018/5, pp. 15-16.

dès lors qu'il refuse le caractère de faute aux faits qui précèdent de trois jours ouvrables ou moins le congé pour motif grave, l'arrêt n'a pas à examiner les faits qui se situent plus de trois jours ouvrables avant ledit congé : ceux-ci ne sont pas susceptibles d'avoir une incidence sur la gravité d'un comportement dont le caractère fautif est dénié. »⁵

- en cas de contestation, il appartient à l'employeur d'établir le moment de la prise de connaissance de ceux-ci en apportant des éléments de preuve suffisamment probants à charge pour le destinataire du congé d'apporter la preuve contraire d'une prise de connaissance antérieure ; en cas de doute, il sera considéré que l'employeur n'apporte pas la preuve requise⁶.

En l'espèce

Le respect des formes et le respect du délai de la notification du motif grave sont litigieux.

La cour considère que les faits reprochés à Madame G. sont suffisamment précis.

Madame G. ne le conteste pas pour le grief qui lui est principalement reproché à savoir, l'échange de SMS entre elle – même et Madame Roseline H.

Les autres griefs sont également précis s'agissant non pas de reproches vagues mais de manquements clairement identifiés dans l'exécution récurrente du travail : plusieurs tâches précises sont visées et le comportement de Madame G. au travail est contextualisé.

La cour rejoint donc l'analyse du tribunal.

La lecture de la lettre de licenciement permet de savoir exactement ce qui est reproché à Madame G. : le contenu des SMS, l'incitation à se mettre en maladie, être partie à l'étranger pendant son incapacité, reporter le travail sur les autres, refuser d'exécuter certaines tâches bien spécifiques en se créant une zone de confort personnel.

La cour rejoint également l'appréciation du tribunal quant au respect du délai de trois jours.

En cas de contestation, il appartient à l'employeur d'établir le moment de la prise de connaissance des faits en apportant des éléments de preuve suffisamment probants à charge pour le destinataire du congé d'apporter la preuve contraire d'une prise de connaissance antérieure.

En présence d'un doute émanant du dossier tel que lui soumis par l'employeur en première instance, le juge a fait tenir des enquêtes.

Les trois personnes entendues sur la question clairement posée de la date de prise de connaissance par l'employeur du contenu des SMS ont précisé que cette date est bien celle du 11.01.2015.

Madame Roseline H. s'est expliquée sur la mention entre parenthèse de sa présence sur la grille de prestations.

Les témoignages sont concordants sur ce point précis.

⁵ Michel DUMONT, « Le double délai de trois jours : la gageure d'aller vite tout en prenant le temps de la réflexion » in LE CONGE POUR MOTIF GRAVE, Notion, évolutions, questions spéciales, Anthémis, 2011, page 71 qui cite Cass., 27 novembre 1989. J.L.M.B., 1990. p. 654 et obs. J. CLESSE ; Cass. 11 septembre 2006. Chron. D.S. 2007, p. 275 ; C. trav. Liège (4^e ch.), 16 mai 1991. R.G. n° 11 425/84.

⁶ Idem, ibid., pages 71 et 73

Les contestations formulées par Madame G. en ce qu'elle décortique les détails du contexte factuel de la prise de connaissance des faits, ne sont pas de nature à établir la preuve contraire d'une prise de connaissance antérieure à la date du 11.01.2015, il ne s'agit que d'une supposition contraire au témoignage des protagonistes.

b- Le fondement du motif grave et sa preuve

Rappel des principes

L'article 35 de la loi du 03.07.1978 sur le contrat de travail prévoit que 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.

Sur base de cette définition légale, la Cour de Cassation, notamment dans un arrêt du 23.10.1989⁷ a souligné que les motifs graves qui permettent de rompre le contrat sans préavis ou avant l'expiration du terme sont des faits qui doivent pouvoir être considérés comme fautifs et imputés en tant que tels au travailleur personnellement.

*Ainsi, « la décision de rompre le contrat est une sanction qui ne peut s'appliquer qu'en regard de la gravité de la faute commise. Cette mesure doit donc être proportionnelle au fait. La doctrine et la jurisprudence rappellent régulièrement que cette sanction ne peut être qu'exceptionnelle et plus particulièrement que l'employeur doit agir avec modération ou pondération, sans précipitation ou réaction excessive. Le principe civiliste de l'exécution de bonne foi des conventions trouve ainsi à s'appliquer au motif grave. Le congé pour motif grave ne peut donc être donné quand les parties auraient pu aplanir leur différend par une mise au point, une discussion, voire un avertissement », le rapport de confiance qui existe entre les parties doit être détruit.*⁸

La faute est la violation d'une règle de droit qui impose d'agir ou de s'abstenir de manière déterminée, ou encore le comportement, qui sans constituer une telle violation, s'analyse en une erreur de conduite que n'aurait pas adoptée une personne normalement prudente et

⁷ Cass. 23.10.1989, JTT 1989, p. 432.

⁸ M.DAVAGLE, La notion de motif grave : un aspect difficile à appréhender, Orientations 2003, page 2 et M. DAVAGLE, « La notion de motif grave : un concept abstrait difficile à appréhender concrètement », in LE CONGE POUR MOTIF GRAVE, Notion, évolutions, questions spéciales, Anthémis, 2011, pp. 27 et s.

diligente placée dans les mêmes circonstances⁹, une erreur de conduite qui se mue en faute par négligence.

Cette notion de faute imputable au travailleur exclut que soient retenus à ce titre et en soi, sans comportement volontaire ou malicieux, la négligence, l'incompétence, la maladresse, le rendement insuffisant du travailleur, le résultat défectueux de la prestation de travail, le refus d'exécuter un ordre patronal outrepassant l'objet du contrat ou qui ne respecte pas les règles légales de sécurité, l'attitude démotivée d'un travailleur allant de pair avec un rendement décroissant et de nombreuses absences pour maladie, par contre, la désinvolture peut constituer un motif grave¹⁰.

Le juge doit, à cet égard, apprécier la faute *in concreto* en tenant compte de toutes les circonstances de la cause invoquées dans la lettre de rupture et de nature à attribuer au fait incriminé le caractère de motif grave et aussi, notamment, en tenant compte de l'ancienneté du travailleur, de ses fonctions, du caractère isolé de la faute et des faits antérieurs au licenciement.¹¹

*« L'idée de proportionnalité est contenue dans le texte de l'article 35 de la loi, sur le terrain de la faute (aspect qualitatif) – et non de ses conséquences pour le travailleur ou du préjudice subi par les parties (aspect quantitatif)¹² – et le Tribunal doit procéder à ce contrôle de proportionnalité : le juge, se substituant à l'employeur, va vérifier si, et dans quelle mesure, la faute reprochée au travailleur était à ce point grave qu'elle devait empêcher immédiatement et définitivement la poursuite des relations contractuelles entre parties ».*¹³

Le juge ne peut, par contre, apprécier la gravité de la faute rendant immédiatement et définitivement impossible la poursuite des relations de travail (le critère légal étant la perte de confiance) en se référant à la disproportion entre la faute et la perte de l'emploi.¹⁴

En l'espèce

⁹ C. trav. Liège, division Namur, 25.04.2017, 2016/AN/84 qui cite Cass., 25 novembre 2002, S.000036.F, et concl. J.F. Leclercq ; Cass. 26.05.2006, JTT, 2006, p. 404.

¹⁰ M. DAVAGLE, « La notion de motif grave : un concept abstrait difficile à appréhender concrètement », in LE CONGE POUR MOTIF GRAVE, Notion, évolutions, questions spéciales, Anthémis, 2011, page 33 et H. DECKERS, « Licenciement pour motif grave et principe de proportionnalité : aspects théoriques et pratiques », Orientations, 2015/8, p.8.

¹¹ V. VANNES, La rupture du contrat de travail pour motif grave, dans Contrats de travail : 20ème anniversaire de la loi du 3 juillet 1978, éd. JBB, 1998, p. 228 ; V.VANNES, "Le contrat de travail : aspects théoriques et pratiques", BXL, Bruylant, 1996, pp. 633 et s. ; COMPENDIUM 03-04, Droit du travail, Tome 2, W. Van Eeckhoutte et V. Neuprez, pp. 1542 et s. ; Cass. 12.02.2018, JTT, 2018, p. 265 : *Le juge peut, dans l'appréciation des motifs invoqués pour justifier le licenciement, également prendre en considération des faits qui ne sont pas mentionnés dans la lettre de congé, lorsqu'ils sont de nature à éclairer la gravité du motif invoqué. Il peut également tenir compte de faits qui n'ont rien à voir avec ce motif et qui ne sont pas mentionnés dans la lettre de congé, s'ils peuvent préciser le caractère de gravité du motif invoqué.*

¹² Cass. 06.06.2016, RG n° S.15.0067.F, <http://jure.juridat.just.fgov.be> : arrêt duquel il ressort qu'il appartient exclusivement au législateur de déterminer les conséquences juridiques des fautes graves qui rendent impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur, S. Gilson et F. Lambinet, « L'appréciation du motif grave par le juge : du bon usage de la proportionnalité », B.J.S., 2017, n° 577.

¹³ Hervé DECKERS, « Licenciement pour motif grave et principe de proportionnalité : une fausse évidence ? » in LE CONGE POUR MOTIF GRAVE, Notion, évolutions, questions spéciales, Anthémis, 2011, pp. 251 à 290 et du même auteur, « Licenciement pour motif grave et principe de proportionnalité : aspects théoriques et pratiques », Orientations, 2015/8 pp. 2 à 7.

¹⁴ Deckers, H., « Le licenciement pour motif grave - Chronique de jurisprudence (2012-2016) - Définition et formalisme », Or., 2018/5, pp. 11-21.

Sur l'illégalité de la preuve et son admissibilité en justice

Le contenu des messages SMS n'est pas contesté par Madame G. qui invoque sans fondement légal et sans précision la violation de son droit au respect de la vie privée sachant que l'employeur n'est ni l'auteur ni le destinataire des SMS qui ont été échangés dans un cadre privé.

En l'espèce, il ne s'agit pas d'un cas de contrôle par l'employeur de l'utilisation des outils de communication sur le lieu de travail.

L'employeur n'a pas collecté l'information.

Un SMS est un court message écrit qui, en termes de mode de preuve, est un écrit non signé qui peut valoir à titre de présomption ou de début de preuve par écrit¹⁵.

Il est, en l'espèce, concrètement fait état de cet écrit qui n'est, par nature, pas imprimé, par le biais d'une photographie de l'écran du téléphone du destinataire de ce message.

Un SMS est techniquement couvert par l'article 124 de la loi du 13.06.2005 relative aux communications électroniques (qui remplace l'article 109ter D, 3° de la loi du 21.03.2001 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques).

Cet article vise l'existence et le contenu de l'information qui fait l'objet de la communication électronique et protège les communications privées, qui ne sont pas destinées à être lues/entendues par tout un chacun, au contraire des communications publiques¹⁶.

La protection vaut à l'égard des tiers, le secret des communications ne peut être opposé au destinataire ou à l'auteur de cette communication¹⁷.

Dans un arrêt du 22.04.2015, la Cour de Cassation¹⁸ a constaté qu'aucune disposition légale ne s'oppose à la production d'un courrier électronique régulièrement reçu par son destinataire et communiqué à la justice à des fins de preuves.

¹⁵ D. MOUGENOT, Les modes de preuve, Contributions dans un e-book - Dans: X., Traité pratique de droit commercial. Tome 1. Principes et contrats fondamentaux, 125-188, juridat

¹⁶ K. Rosier, « Usage des technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail et droit au respect de la vie privée », *Revue de Droit des Technologies de l'Information*, 2012/3-4, n° 48 - 23 janvier 2013, pp.131 et svtes ; l'auteur se base sur Cass. 01.10.2009 R.G. no C .08 .0064.N, www.cass.be ; A. FARCY, Vie privée et liberté d'expression: application aux publications et « likes » sur Facebook d'un travailleur, *Revue de Droit des Technologies de l'Information*, 2018/2, n° 71 - 25 mars 2019, pp 115 et svtes, spécifiquement, p. 123

¹⁷ K. Rosier et S. Gilson, « La vie privée du travailleur face aux nouvelles technologies de communication et à l'influence des réseaux sociaux. L'employeur est-il l'ami du travailleur sur Facebook ? » in *La vie privée au travail*, M. Verdussen et P. Joassart dir., Anthémis, 2011, pp. 59 et svtes, spécifiquement 80 et svtes.

¹⁸ Cass. 22.04.2015, N° P.14.1462.F, juridat et les conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch qui vise les articles 259bis et 314bis du Code pénal et l'article 124 de la loi du 13.06.2005

Dans un arrêt du 10.11.2008, la Cour de Cassation¹⁹ a également considéré que lorsqu'une partie entend produire en justice une lettre missive qui ne lui est pas destinée, il lui appartient, en cas de contestation, de faire la preuve qu'elle est régulièrement entrée en sa possession.

En l'espèce, il n'est pas soutenu que l'employeur a intentionnellement pris connaissance de ces messages.

Les SMS échangés entre deux membres du personnel ont été portés à la connaissance de l'employeur par un tiers (un autre membre du personnel, Monsieur G. mais qui est concrètement associé à la directions s'agissant du mari de l'administrateur de la SA) à qui le destinataire des SMS a volontairement communiqué leur contenu²⁰.

L'employeur a donc pris connaissance, en l'espèce, de manière régulière, légitime et sans intention frauduleuse de ces messages²¹.

La disposition spécifique qui protège le contenu de l'information en raison de son support n'est donc pas violée et Madame G. ne le soutient d'ailleurs pas.

La protection invoquée par Madame G. se fonde sur l'article 8 de la CEDH qui consacre le droit au respect de la vie privée et familiale et qui englobe les communications téléphoniques²².

Pour établir que des faits ou des éléments revêtent un caractère privé et sont protégés par le droit au respect de la vie privée, la Cour E.D.H. a recours au critère des attentes raisonnables ou « espérances légitimes » : la personne concernée pouvait raisonnablement s'attendre à la protection de sa vie privée.²³

Si une partie du contenu des SMS a bien un caractère privé (les activités familiales durant les fêtes de fin d'année), les autres informations échangées sont relatives à l'exécution du contrat de travail, Madame G. communique avec une collègue de travail en visant plusieurs collègues (« *j'espère que vous n'avez pas fait trop de concessions pour le home* ») et en s'attendant à être licenciée à son retour d'incapacité (« *et si je dois être virée à mon retour, et bien tant pis ou tant mieux* ») tout en répondant à une collègue qui se désolidarise de son comportement qui présente un impact direct sur son travail.

Les attentes légitimes de Madame G. quant à la protection de ses propos sont donc à l'évidence inexistantes.

Madame G. n'a, en outre, pas donné à cette communication une portée confidentielle.

¹⁹ Cass. (3^e ch.), 10.11.2008, *JTT*, 2009/2, n° 1026 - 1 janvier 2009

²⁰ C. trav. Liège, 23 mars 2004, R.R.D., 2004, 73.

²¹ W. Van Eeckhoutte et V. Neuprez, '18-'19 COMPENDIUM, Droit du travail, Waterloo, Kluwer, page 944, juidat

²² F. KEFER, La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié », in *La vie privée au travail*, M. Verdussen et P. Joassat dir., Anthémis, 2011, p. 22 (pp. 17 et s.).

²³ A. FARCY, Vie privée et liberté d'expression: application aux publications et « likes » sur Facebook d'un travailleur, *Revue de Droit des Technologies de l'Information*, 2018/2, n° 71 - 25 mars 2019, pp. 117 et svtes

La règle dans ce cas est que seul l'accord du destinataire suffit pour permettre à un tiers (ici l'employeur) de prendre régulièrement connaissance de cette communication²⁴.

Sur la non imputabilité de la faute

Madame G. invoque un état dépressif et estime qu'elle n'est pas, dans ce contexte, responsable de ses actes.

Le certificat médical produit fait état d'une névrose d'angoisse et non d'un état dépressif.

La cause exonératoire de responsabilité suppose la reconnaissance d'un cas exceptionnel d'absence de raison ou d'inconscience.

Madame G. produit deux certificats médicaux.

Le premier certificat daté du 14.09.2015 reprend uniquement l'anamnèse étant les propos de Madame G. sans aucunement objectiver un état d'inconscience ou d'irresponsabilité.

A la lecture de ce certificat, le diagnostic ne repose que sur l'anamnèse sans aucune autre objectivation.

Le second certificat daté du 13.06.2018 mentionne simplement la prescription d'antidépresseur sans aucune mention ni *a fortiori* d'objectivation d'effets secondaires qui rencontreraient les exigences requises pour établir un état d'irresponsabilité.

La thèse de Madame G. ne peut donc être admise.

Sur l'absence de gravité des motifs

Madame G. invoque également son état dépressif pour minimiser la teneur de ses propos qu'elle considère comme des critiques émises à l'encontre de l'employeur et qui relèvent de la liberté d'expression.

La teneur des SMS ne correspond pas à des propos critiques sur la gestion de l'entreprise traduisant une manifestation légitime d'un droit à l'appréciation.

Les propos tenus par Madame G. sont dénigrants (« *ils sont vraiment dans la merde mais ils l'ont bien cherché* »), manifestent une réjouissance face aux inconvénients causés par une incapacité de travail de longue durée et un désengagement total tant vis – à – vis de l'employeur que de ses collègues impactés par son absence.

La nature du travail exige cependant le respect d'une éthique.

Il exige également une motivation qui doit assurer le bon résultat du travail qui se réalise en équipe et qui porte sur la santé et le bien – être des patients pensionnaires d'une maison de repos et de soins.

Les propos manifestent une intention de nuire : Madame G. espère que les collègues qu'elle sait en difficulté suite à son incapacité, n'ont pas fait trop de concessions pour le home. Face

²⁴ K. Rosier et S. Gilson, « La vie privée du travailleur face aux nouvelles technologies de communication et à l'influence des réseaux sociaux. L'employeur est-il l'ami du travailleur sur Facebook ? » in La vie privée au travail, M. Verdussen et P. Joassart dir., Anthémis, 2011, pp. 95-96

à l'attitude modérée de sa collègue qu'elle qualifie de consciencieuse (« *je sais que tu as une conscience* »), Madame G. incite également à nuire à l'employeur en suggérant une méthode irrégulière à savoir, faire comme tout le monde et se mettre en arrêt (de maladie) pour prendre les congés souhaités dans ce qui apparaît comme une forme de vengeance du défaut de reconnaissance de l'employeur pour qui le travailleur a tout donné.

Madame G. ne justifie d'aucune démarche légitime ni d'aucun élément objectif en rapport avec les conditions de travail pénibles invoquées de manière très générale ou avec la mise en place d'une délégation syndicale.

L'employeur reconnaît une phase d'organisation difficile en raison de la période (fin d'année) et des absences du personnel (dont celle de Madame G.) mais conteste le contexte décrit par Madame G.

Cette attitude ne peut que rompre immédiatement et définitivement la confiance de l'employeur.

Par ailleurs, Madame G. ne démontre nullement que son état de santé justifierait ses propos qui traduisent au contraire une volonté de manipuler son médecin pour obtenir un certificat de complaisance. La rédaction des certificats médicaux qui a été mise en évidence au point précédent (relatif à l'imputabilité de la faute grave) ne permet pas de retenir l'argument soutenu par Madame G.

L'analyse des autres griefs ne présente pas de pertinence dès lors que l'échange de SMS suffit à justifier le motif grave.

Le jugement dont appel est donc confirmé sur ce point également et la demande de Madame G. est donc non fondée.

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR,**

Après en avoir délibéré et statuant publiquement et contradictoirement ;

Vu les dispositions de la loi du 15.06.1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire et notamment son article 24 dont le respect a été assuré ;

Déclare l'appel recevable mais non fondé ;

Confirme le jugement dont appel en toutes ses dispositions y compris les dépens ;

Condamne Madame G. aux dépens d'appel, soit la somme de 1 210€ représentant l'indemnité de procédure de l'employeur ;

Condamne Madame G. à la contribution due au Fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne, liquidée par la cour à la somme de 20,00€ déjà avancée (articles 4 et 5 de la loi du 19.03.2017 et article 2 de l'arrêté royal d'exécution du 26.04.2017).

Ainsi arrêté et signé avant la prononciation par :

Muriel DURIAUX, conseiller faisant fonction de Président,
Gérard PIRON, conseiller social au titre d'employeur,
Michèle BESONHE, conseiller social au titre d'employé,
Assistés de Jonathan MONTALVO DENGRA, greffier,

Gérard PIRON,

Michèle BESONHE,

Muriel DURIAUX,

Jonathan MONTALVO DENGRA,

et prononcé, en langue française à l'audience publique de la chambre 8-B de la Cour du travail de Liège, division Neufchâteau, au Palais de Justice, Place Charles Bergh 7 à 6840 Neufchâteau, le **mercredi VINGT-QUATRE AVRIL DEUX MILLE DIX-NEUF**, par :

Muriel DURIAUX, conseiller faisant fonction de Président,
Jonathan MONTALVO DENGRA, greffier,

Muriel DURIAUX,

Jonathan MONTALVO DENGRA.