



Chambre 8
Numéro de rôle 2014/AM/55
PARTENA / W.J-L.
Numéro de répertoire 2015/
Arrêt contradictoire, définitif.

COUR DU TRAVAIL DE MONS

ARRET

**Audience publique du
10 juin 2015**

Contrat de travail – Employé – Motif grave – Délai de trois jours.

Article 578 du Code judiciaire.

EN CAUSE DE :

PARTENA – MUTUALITE LIBRE, Mutualité régie par la loi du 6 août 1990, dont le siège social est sis à

Partie appelante au principal, partie intimée sur incident, comparissant par ses conseils Maître BEAUFILS et Maître PARIZEL, avocats à ;

CONTRE

Monsieur W.J-L., domicilié à

Partie intimée au principal, partie appelante sur incident, comparissant assisté de son conseil Maître CHUFFART Gaël, avocat à

La cour du travail, après en avoir délibéré, rend ce jour l'arrêt suivant :

Vu les pièces de la procédure et plus particulièrement :

- la requête d'appel déposée au greffe le 7 février 2014 et dirigée contre un jugement contradictoire le 16 décembre 2013 par le tribunal du travail de Mons, section de Mons ;
- les conclusions des parties et, en particulier, les conclusions l'appelante reçues au greffe le 29 octobre 2014 et les conclusions additionnelles et de synthèse de l'intimé y déposées le 23 décembre 2014 ;
- le dossier des parties.

Entendu les conseils des parties, en leurs dires et moyens, à l'audience publique de la 8^{ème} chambre du 13 mai 2015.

Les appels, introduits dans les forme et délai légaux, sont recevables.

1. Les faits et antécédents de la cause

Monsieur W.J-L. est entré au service de PARTENAMUT en qualité d'employé, le 17 octobre 1978.

Un avenant au contrat de travail est signé le 1^{er} juillet 2006 soumettant Monsieur W.J-L. à un régime de travail flexible de 39 heures par semaine.

Le 14 juin 2011, un nouvel avenant au contrat de travail est signé entre la direction de PARTENAMUT et Monsieur W.J-L. lequel exerce, à partir du 1^{er} juillet 2011, la fonction de « *Coordinateur accompagnement* ».

Par courrier du 8 novembre 2011, Monsieur C., Administrateur-Directeur de la PARTENAMUT, informe Monsieur W.J-L. de sa décision de mettre fin à son contrat de travail avec effet immédiat pour motif grave, sans préavis ni indemnité.

Les motifs suivants lui sont signifiés par courrier du 10 novembre 2011 en ces termes :

« Nous faisons suite à votre congé pour motifs graves notifié le mardi 8 novembre 2011 et vous précisons les motifs qui justifient cette décision.

1. Les faits constitutifs de motifs graves ont été portés à notre connaissance et nous en avons acquis la certitude ce lundi 7 novembre 2011.

2. Ces faits sont les suivants : fraudes aux remboursements de frais professionnels, fraudes aux pointages et non respect du point 4 de l'article 45 du règlement de travail en matière d'utilisation abusive du téléphone professionnel à des fins personnelles :

A. Fraude aux remboursements de notes de frais professionnels : après examen de votre dernière note de remboursement de frais professionnels, nous avons constaté plusieurs anomalies :

Cette note est relative aux remboursements de frais professionnels pour des déplacements du 9/8,11/8,16/8 et 19/8/2011 :

- 9/8 : Mons matin et Bruxelles après-midi (trajet Mons-Bruxelles-Mons)
- 11/8 : Bruxelles (matin-formation Doc) Mons (après-midi (trajet Bruxelles-Mons)
- 16/8 : Opfor (formation formateurs-matin + Mons après-midi) trajet Bruxelles-Mons
- 19/8 : Opfor (formation formateurs-matin +Mons après-midi) trajet Bruxelles-Mons x 2

Lors de ces déplacements, vous indiquez des trajets entre Bruxelles et Mons (130 kms) pour un montant de 43,58 €par trajet et par date.

Tout d'abord, il convient de constater que, pour le 11/8, le 16/8 et le 19/8/2011, vous mentionnez 130 kms pour un trajet Bruxelles-Mons alors que la distance kilométrique entre ces 2 sites n'est que de 71 kms (cfr. Mappy.be).

Le 9/8, vous mentionnez le même nombre de kms (130) pour un, soit disant, trajet Mons-Bruxelles-Mons.

Or, sur base de votre calendrier Outlook, de vos pointages, de vos badgages d'accès sur sites, il s'avère qu'à aucune de ces dates, vous ne vous êtes rendu sur le site de Mons, vous n'avez pas effectué ce trajet et donc, vous ne pouviez pas rentrer de notes de remboursement de frais pour des déplacements inexistantes.

Nous en avons acquis la certitude, ce 7 novembre 2011, en comparant et en croisant votre calendrier Outlook, vos pointages, vos badgages d'accès ainsi que vos accès PC pour ces mêmes dates.

B. Voici vos badgages d'accès sur site pour ces dates :

- 9/8 : 7h16 (badgage au 1er étage BMT Bd Anspach à Bruxelles) – 7h17 (badgage au 6ème étage BMT) - 13h52 (badgage au 1er étage BMT) - 13h53 (badgage 6ème étage BMT)

Sur base de votre calendrier Outlook et de votre note de remboursement de frais pour cette date, vous écrivez que vous étiez à Mons le matin. Or force est de constater que ce n'est pas le cas puisque vous badgez le matin à 7h16 et 7h17à Bruxelles, tout comme l'après-midi.

Vous n'avez donc pas été à Mons ce jour-là et encore moins avoir fait un trajet Mons-Bruxelles-Mons.

- 11/8 : 7h27 (badgage au 6^{ème} étage de la BMT)

A cette date, vous badgez le matin à 7h27 à Bruxelles et vous n'avez aucun badgage d'accès sur le site de Mons.

Vous n'avez donc pas été à Mons ce jour-là et encore moins après avoir fait un trajet Bruxelles-Mons et ce, d'autant moins que nous avons constaté que vous n'avez aucune prestation pour l'après-midi.

- 16/8 : 7h27 (badgage au 1er étage de la BMT) - 13h17 (badgage au 1er étage de la BMT) - 13h20 (badgage au 6^{ème} étage de la BMT)

A cette date, vous badgez le matin à 7h27 à Bruxelles et vous n'avez aucun badgage d'accès sur le site de Mons.

Vous n'avez donc pas été à Mons ce jour-là et encore moins avoir fait un trajet Bruxelles-Mons et ce d'autant moins que vous avez informé votre manager à 12h30 alors

que vous étiez en formation à Bruxelles (Opfor rue Saint-Hubert) que vous étiez malade et que vous- rentriez chez vous. De plus, à 13h20, vous étiez toujours bien à Bruxelles.

-19/8 : aucun badgagne d'accès

A cette date, vous étiez en formation Opfor à Bruxelles le matin et vous n'avez aucun badgagne d'accès sur le site de Mons.

Vous n'avez donc pas été à Mons ce jour-là et encore moins avoir fait un trajet Bruxelles-Mons x2 et ce d'autant moins que nous avons constaté que vous n'avez aucune prestation pour l'après-midi.

Outre les constats particuliers pour ces dates, il est plus qu'interpellant de constater que vous n'avez aucun badgagne d'accès sur le site de Mons alors que vous prétendez (sur base de vos notes de remboursements de frais) y avoir été alors qu'à chaque fois que vous vous y rendiez pour y travailler, vous aviez différents badgagnes d'accès au site sur la même journée.

C. *Voici vos pointages pour ces mêmes dates ainsi que pour d'autres dates où des anomalies ont également été constatées :*

09/08/11: 7h20 - 12h30 - 13h00 - 16h03

Après vérification de votre calendrier Outlook, nous avons constaté que vous avez été manger, le midi, avec un membre du personnel du Secrétariat social Partena et sans pointer votre temps de pause. Votre manager vous a imputé, a posteriori ½ heure de pause puisqu'il y a eu oubli de pointage. Or, il s'avère que votre heure de table a duré bien plus longtemps puisque vous êtes revenu dans le bâtiment BMT à 13h52. De plus, cet élément est conforté par les heures de pointages de la personne avec laquelle vous avez été manger et signifie donc que la durée réelle de votre pause de midi est de +/- 1h52 et non ½ heure. Ceci constitue clairement une fraude au pointage.

11/08/11 : *Mission jour complet*

Vous déclarez une journée complète de prestation. Or vous n'avez pas travaillé l'après-midi (cfr. point D pour cette même date). Ceci constitue clairement une fraude au pointage.

16/08/11: 7h31 - 12h30 +.Malade l'après-midi .

19/08/11 : *Mission jour complet*

Vous déclarez une journée complète de prestation, or vous n'avez pas travaillé l'après-midi (cfr. point D pour cette même date) sachant que la formation à laquelle vous avez participé à Opfor (Bruxelles) s'est terminée à 13h et que par ailleurs votre calendrier Outlook prévoyait éventuellement un demi-jour de congé pour l'après-midi. Ceci constitue clairement une fraude au pointage.

28/09/11: 7h22 -12h - 12h59 - 16h17

A cette date, vous n'avez, une nouvelle fois, pas pointé votre pause-repas. Votre manager vous a imputé, a posteriori, 59' de pause-repas pour faire correspondre vos pointages à la norme journalière puisqu'il y a eu oubli de pointage. Ensuite, vous avez

contacté une gestionnaire RH pour faire corriger l'encodage de votre manager car vous avez constaté qu'il manquait 8 minutes à votre norme journalière.

Or, votre manager a essayé de vous joindre, par GSM, à deux reprises le midi et l'après-midi mais en vain (répondeur téléphonique et vos collègues de travail ne savaient pas où vous étiez). Enfin, votre badgage d'accès à la BMT a été enregistré à 15h23. Cela signifie d'une part que votre pause de midi a duré largement plus qu'une heure, que vous n'avez pas respecté le règlement de travail qui prévoit un retour de pause de midi à 14h maximum ainsi qu'une pause de midi de maximum 2 heures. Ceci constitue clairement une fraude au pointage.

13/10/11: 7h23 - 11h44 - 12h12

A cette date, vous omettez de pointer votre sortie de fin de journée. Lorsque votre manager vous interroge sur vos prestations, pensant que vous étiez en congé comme vous lui en aviez exprimé l'intention, vous lui répondez que vous avez travaillé tout l'après-midi et vous lui demandez de vous rajouter un pointage de fin de journée à 15h48 pour faire correspondre vos pointages à la norme journalière.

Or, vous avez coupé votre ordinateur professionnel à 13h39 et n'étiez plus présent dans les locaux de l'entreprise à Bruxelles cet après-midi. Ceci constitue clairement une fraude au pointage.

D. Voici vos heures d'accès et de coupures de votre ordinateur professionnel pour ces mêmes datés ainsi que pour d'autres dates où des anomalies ont également été constatées

- 9/8/11 -> logon à 7h30, logoff à 14h07 puis logon à 14h14 et logoff à 16h04

- 11/8/11 -> logon à 7h40, logoff à 11h54

Cette coupure à 11h54 démontre que vous n'avez pas travaillé l'après-midi alors que vous déclarez une journée complète de mission

- 16/8/11 -> logon à 7h41, logoff à 8h10 puis logon à 13h53 et logoff à 14h18

- 19/8/11 -> logon à 7h15, logoff à 7h25

Cette coupure à 7h25 démontre que vous n'avez pas travaillé l'après-midi après la fin de votre formation à 13h alors que vous déclarez une journée complète de mission.

E. Non respect du point 4 de l'article 45 du règlement de travail qui précise «qu'il est totalement défendu au travailleur de se servir abusivement, sans accord de son responsable hiérarchique, du téléphone professionnel à des fins personnelles ».

Sur base de notre dernière facture Belgacom, nous avons remarqué un nombre important d'heures d'appels à un numéro d'appel surfacturé au départ de plusieurs postes téléphoniques de bureaux privatifs de Mons et principalement d'un poste, à savoir le poste 739.

Nous avons recherché le nombre total d'appels en 2010 et 2011 sur ce numéro surtaxé (070/223777) émis de ces différents postes.

Nous avons comptabilisé 204 appels pour une durée totale de 23h05'18" auxquels il convient de rajouter le temps de déperdition lié à ces appels, soit 34h (10'par appel), soit un total général de 57h05'18" et ce, pendant les heures de travail.

Sur base de différents éléments probants, nous avons acquis la certitude, depuis ce 7 novembre 2011, que vous êtes l'auteur de ces appels intempestifs et récurrents :

- votre fonction de manager et de coordinateur vous a permis d'avoir toute la latitude nécessaire à pouvoir circuler dans les locaux du site de Mons et d'avoir accès aux bureaux privatifs où étaient donnés ces coups de téléphone et sans éveiller le moindre soupçon.

- Vous aviez également connaissance des plannings de présence des collaborateurs dont vous occupiez le bureau pendant les coups de fil et plus particulièrement celui du poste 739.

- Votre présence et vos badgages d'accès sur le site de Mons correspondent aux jours où se sont déroulés tous ces appels.

- La collaboratrice qui occupe régulièrement le bureau privatif du poste 739 a été informée par le directeur financier que son poste téléphonique était « sous surveillance ». Elle s'en est confiée seulement à 2 personnes dans l'entreprise dont vous-même.

- Les derniers appels de ce poste 739 vers le 070/223777 datent du 3/10/2011 (jour d'inactivité de la dite collaboratrice) et juste avant qu'elle ne vous en informe.

- Une dernière vérification vient d'être faite par notre service comptabilité, le 7 novembre 2011, sur les factures de GSM professionnels et il s'avère que vous êtes le seul collaborateur dans l'entreprise à contacter ce numéro.

F. Sur base de l'article 46 du règlement de travail, l'employeur se réserve le droit, en cas de dommages causés à l'entreprise par le travailleur, de vous réclamer des indemnités ou dommages-intérêts en cas de dol, de faute lourde ou de faute légère.

Dans votre cas, outre le coût des 204 appels téléphoniques à des fins privées, le temps consacré à ces appels pendant les heures de travail, en 2010 et 2011, constitue un préjudice non négligeable pour l'entreprise.

G. Ces diverses fraudes aux remboursements de notes de frais professionnels, aux pointages ainsi qu'au non respect de différents articles du règlement de travail sont constitutives de motifs graves, rompant immédiatement et définitivement toute confiance entre nous.

3. Tant d'éléments probants et avérés démontrant à suffisance que ces faits pris ensemble ou isolément rompent toute confiance en empêchent immédiatement et définitivement toute collaboration professionnelle.

Vous ne faites plus partie du personnel depuis le 8 novembre 2011.

Vos documents sociaux et votre décompte de clôture vous parviendront prochainement».

Monsieur W.J-L. conteste la régularité et le fondement du congé pour motif grave et un échange de courriers s'ensuit entre parties.

Monsieur W.J-L. saisit le tribunal du travail de Mons par requête y reçue le 27 juin 2012 et sollicite la condamnation de l'ASBL PARTENAMUT – MUTUALITE LIBRE à :

- lui payer les sommes suivantes :
 - 180.912,12 € bruts à titre d'indemnité compensatoire de préavis ;
 - 33.921,02 € bruts à titre d'indemnité conventionnelle complémentaire de licenciement ;
 - 10.000 € nets à titre de dommages et intérêts pour abus de droit de licencier ;
 - 4.373,04 € bruts à titre de prime de fin d'année 2011 ;
 - 670,82 € bruts à titre de régularisation du pécule de vacances ;
 - 588,32 € nets à titre de remboursement de retenues illicites ;Ces montants doivent être augmentés des intérêts légaux et judiciaires à dater de la rupture et sont formulés sous réserve de majoration ou de diminution en cours d'instance ;
- à lui délivrer l'ensemble des documents sociaux rectifiés, sous peine d'une astreinte de 25 € par jour de retard ;
- aux frais et dépens de l'instance.

Par le jugement entrepris du 16 décembre 2013, le tribunal du travail de Mons, section de Mons, :

- dit la demande recevable et fondée dans la mesure ci-après ;
- condamne l'ASBL PARTENAMUT – MUTUALITE LIBRE à payer à Monsieur W.J-L. :
 - 180.912,12 € bruts à titre d'indemnité compensatoire de préavis ;
 - 33.921,02 € bruts à titre d'indemnité conventionnelle complémentaire de licenciement ;
 - 2.500 € nets à titre de dommages et intérêts pour abus de droit de licencier ;
 - 588,32 € nets à titre de remboursement de retenues illicites ;
 - les intérêts légaux et judiciaires sur ces montants à dater de la rupture ;
- condamne l'ASBL PARTENAMUT – MUTUALITE LIBRE à délivrer à Monsieur W.J-L. l'ensemble des documents sociaux rectifiés sur base de ces condamnations ;
- condamne l'ASBL PARTENAMUT – MUTUALITE LIBRE aux frais et dépens de l'instance liquidés dans le chef de Monsieur W.J-L. à 5.500 €, étant l'indemnité de procédure ;
- dit n'y avoir pas lieu à exécution provisoire.

L'ASBL PARTENAMUT – MUTUALITE LIBRE interjette appel de ce jugement.

2. Objet des appels

L'ASBL PARTENAMUT – MUTUALITE LIBRE demande à la cour, si elle ne s'estimait pas suffisamment informée au sujet de l'imputabilité des faits reprochés à Monsieur W.J-L., d'avant dire droit, pour autant que de besoin, l'autoriser à rapporter la preuve par témoignage « *de ce que, au sein de la liste des appels passés entre le 13 juillet et le 12 octobre 2011 par tous les GSM mis à disposition des travailleurs de PARTENAMUT, le numéro 070/22.37.77 n'est apparu que parmi les numéros composés au départ du GSM de Monsieur W.J-L.* ».

Elle demande, sinon, de :

- à titre principal, déclarer l'appel fondé et réformer le jugement querellé en toutes ses dispositions, débouter l'intimé de l'ensemble de ses demandes originaires et le condamner aux frais et dépens des deux instances ;
- à titre subsidiaire, réformer le jugement querellé en ce qu'il la condamne au paiement d'une indemnité conventionnelle complémentaire de licenciement, à des dommages et intérêts pour abus de droit de licencier et au remboursement des retenues illicites ;
- à titre infiniment subsidiaire, réformer le jugement querellé en ce qu'il la condamne au paiement d'une indemnité conventionnelle complémentaire de licenciement et à des dommages et intérêts pour abus de droit.

Par conclusions déposées au greffe de la cour le 10 juin 2014, l'intimé forme un appel incident et sollicite la condamnation de l'appelante à la somme de 10.000 € à titre de dommages et intérêts pour abus de droit de licencier.

3. EN DROIT - DISCUSSION

3.1. Régularité du congé

L'article 35, alinéas 3 et 4, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail énonce 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 ».

D'autre part, l'article 35, alinéa 8, de la loi du 3 juillet 1978 dispose que « *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* ».

La Cour de cassation a estimé que le délai de trois jours ouvrables dans lequel le congé pour motif grave doit être notifié est impératif tant en faveur de l'employeur que du travailleur, de sorte que le juge doit vérifier d'office si le délai a été respecté (Cass., 22 mai 2000, J.T.T., 2000, 369, sur avis conforme du Proc. Gén. Leclercq).

Par ailleurs, il a été jugé par la Cour de cassation que : « *pour l'application du délai prévu par l'article 35, alinéa 3 de la loi relative au contrat de travail, le fait qui constitue le motif grave est connu de la partie donnant congé lorsque celle-ci a, pour prendre une décision en connaissance de cause quant à l'existence du fait et des circonstances de nature à lui attribuer le caractère de motif grave, une certitude suffisante à sa propre conviction et aussi à l'égard de l'autre partie* » (Cass., 3^{ème} ch, 11 janvier 1993, J.T.T., 1993, p. 58).

Il faut, avec Cl. WANTIEZ, en déduire que « *ce n'est donc pas le fait à lui seul dont la connaissance par l'auteur du congé fait courir le délai légal mais le fait accompagné des circonstances de nature à lui donner le caractère d'un motif grave* » (WANTIEZ, « *Le congé pour motif grave* », Larcier, 1998, p.71).

Avant de prendre la décision de rompre le contrat pour motif grave, l'employeur peut estimer souhaitable d'indaguer (par ex. en recourant à des auditions de témoins ou de plaignants, en procédant à l'audition du travailleur lui-même, en vérifiant certains faits par un contrôle interne, etc.) en vue de lui permettre d'asseoir sa conviction mais aussi d'éviter de prendre une mesure aussi grave et lourde de conséquences pour le travailleur concerné sans s'assurer préalablement de son bien-fondé.

Si une telle décision ne peut être différée indéfiniment par l'exécution de vérifications superflues, elle ne peut non plus se prendre dans la précipitation. Les dispositions légales n'exigent pas que l'enquête décidée par l'employeur soit entamée sans délai et menée avec célérité (Cass., 17 janvier 2005, sur juridat.be).

Cependant, ces mesures d'instruction ne peuvent évidemment s'éterniser puisque les faits reprochés et dont l'employeur a eu vent sont des faits qui, par essence, empêchent toute poursuite, même temporaire, des relations de travail pour répondre adéquatement à la définition du motif grave .

La jurisprudence a balisé les limites de la prise de cours du délai comme suit :

- il ne peut être fait reproche à l'auteur du congé de ne pas s'être rendu compte plus tôt de l'existence d'un motif grave suite à un défaut d'organisation interne.

Le délai ne court qu'à dater de l'information reçue par la personne (ou de l'organe) compétent(e) pour licencier.

- il faut opérer une distinction entre la connaissance d'un fait et la preuve de celui-ci. Le délai prend cours dès la connaissance du fait même si la preuve n'est pas encore apportée . La preuve peut être apportée ultérieurement.
- l'audition du destinataire du congé peut être utile mais n'est pas un préalable obligé. Elle peut faire courir le délai de trois jours car « *quel que soit son résultat, l'audition préalable du travailleur peut, suivant les circonstances de la cause, constituer une mesure permettant à l'employeur d'acquiescer (la) certitude (suffisant à sa propre conviction). De la circonstance que le licenciement a été décidé après un entretien sur la base de faits qui étaient connus de l'employeur avant cet entretien, il ne peut être déduit que celui-ci disposait déjà, à ce moment, de tous les éléments d'appréciation nécessaires pour prendre une décision en connaissance de cause* » (Cass., 8 novembre 1999, J.T.T., 2000, p.210). Tout est question d'appréciation en fait : tantôt, l'audition n'est absolument pas indispensable parce que tous les éléments sont connus et que l'audition ne peut rien apporter de plus auquel cas le délai de trois jours n'est pas suspendu pendant le cours de l'instruction ; tantôt, l'audition est susceptible d'amener l'employeur à tenter d'obtenir des explications complémentaires utiles avant de prendre une aussi grave décision que celle de rompre le contrat sur l'heure, mais aussi, elle peut donner à l'employé l'occasion de fournir des précisions qui peuvent amener l'employeur à statuer en toute connaissance de cause. Le plus souvent, l'audition est donc une mesure d'instruction utile et dont l'absence est parfois et à juste titre reprochée .

La cour du travail de Liège a jugé que le congé est donné dans le délai de trois jours lorsque « *la direction n'a été informée des faits réels, et non de simples rumeurs qui ne pouvaient l'amener à prendre une décision aussi grave que celle d'engager la procédure de licenciement d'un membre du personnel, que par l'audition (intervenue dans le délai de trois jours) des divers témoins* » (C.T. Liège, 10 mars 2005, R.G. 7.133/2002). Le congé ne peut, ainsi que l'a décidé la cour de céans, être différé par l'exécution de vérifications superflues comme il ne peut se donner dans la précipitation (C.T. Mons, 8 octobre 1999, Chr. D.S., 2001, p.233). La Cour de cassation a admis la validité d'enquêtes internes pour autant que celles-ci ne s'étendent pas trop dans le temps (Cass., 8 avril 1991, Chr.D.S., 1994, p. 343) .

La preuve du respect du délai de trois jours repose sur celui qui invoque le congé .

Si l'auteur du congé apporte des éléments de preuve suffisamment probants de prise de connaissance des faits dans le délai de trois jours, il appartient alors au destinataire du congé d'apporter la preuve contraire de la connaissance suffisante antérieure.

En l'espèce, le congé a été notifié le 8 novembre 2011 et les motifs justifiant le licenciement sur-le-champ ont été notifiés le 10 novembre 2011.

Les faits reprochés à l'intimé ont eu lieu entre le 9 août 2011 et le 28 septembre 2011, soit bien au-delà du délai légal de trois jours ouvrables.

L'écoulement d'un délai supérieur à trois jours entre les fautes et le congédiement pose la question préjudicielle de l'examen du respect par l'employeur du délai de trois jours entre la connaissance du fait et la rupture.

Ainsi, la cour de céans doit vérifier si la postposition éventuelle du point de départ du délai de trois jours endéans lequel l'employeur doit prendre attitude est pleinement justifiée au regard des principes interprétatifs dégagés ci-avant et ne viole dès lors pas le prescrit de l'article 35, alinéa 3, de la loi du 3 juillet 1978.

Cette vérification suppose en toutes hypothèses que le dit point de départ soit déterminé avec une précision suffisante pour permettre le contrôle du respect du prescrit de l'article 35, alinéa 3, étant entendu que la charge de la preuve en incombe à l'employeur.

L'appelante fait valoir que ce n'est que le 7 novembre 2011 que la personne habilitée à procéder au licenciement a eu une connaissance certaine et suffisante des faits justifiant le congé pour motif grave.

Il n'est pas contesté que la personne habilitée à procéder au licenciement était Monsieur M., directeur des ressources humaines.

En date du 12 septembre 2011, Monsieur T., directeur financier, lui adresse un mail par lequel il attire son attention sur le fait qu'en août 2011, un nombre important de communications téléphoniques a été adressé au numéro 070/22 37 77. Le détail de la facture joint à ce mail laisse ainsi apparaître que 5 h 37' de communications émanant du poste 065/320600 ont été facturées pour ce numéro à concurrence d'un coût de 101,235 €.

Cette information a, selon l'appelante, donné lieu à une enquête interne pour déterminer qui était susceptible d'être l'auteur de ces communications.

La réalité d'une telle enquête et, notamment, de la surveillance du poste téléphonique à l'origine des appels litigieux en octobre 2011 est confirmée par Madame D. (pièce 19 du dossier de l'appelante). Une telle surveillance permettait de justifier un délai de quelques semaines.

C'est dans le cadre de cette enquête interne qui s'est déroulée dans un délai raisonnable que les soupçons de Monsieur M. se sont portés sur Monsieur W.J-L.. C'est dans ce contexte, également, qu'il a nourri des soupçons sur la relation de confiance qui existait entre parties, de manière globale, et qu'il a étendu son contrôle aux frais professionnels et aux pointages.

Toutefois, l'existence de soupçons ne peut être confondue avec la prise de connaissance d'un fait fautif de manière telle qu'avant de prendre la décision de licencier, Monsieur M. a interrogé les différents services sur la conduite de l'intéressé au sein de l'entreprise.

C'est ainsi que, par mail du 4 novembre 2011, Monsieur M. demande à Monsieur T. de lui fournir les numéros professionnels appelés avec le GSM de Monsieur W.J-L. en septembre et octobre 2011. Monsieur T. lui adresse, par mail du 7 novembre 2011, la réponse suivante :

"Manu,

Tout d'abord et pour info, Jean-Luc a demandé à ce que son ancien numéro lui soit transféré mi août à titre personnel et qu'un nouveau numéro professionnel lui soit attribué.

Il a donc maintenant le numéro 0470/981412 (le numéro 0475/806215 étant dorénavant son privé)

Je te mets en annexe les infos que j'ai sur JLW depuis l'origine.

Tu as un onglet communications, un onglet sms, les autres sont là à titre d'info

J'ai mis en jaune dans le fichier les 3 derniers mois à savoir les périodes du 13 juillet au 12 octobre 2011. C'est ce que j'ai de plus récent.

Tu as le destinataire en colonne K (communications) et J (SMS)

Sur ces 3 mois on a environ 39€ HTVA pour JLW. Sur les 2 dernières périodes, 0,25 € et 2,5€ HTVA

Si c'est cela que tu cherches ... je retrouve le numéro 070 22 37 77 (que l'on retrouve sur belgacom) à 2 reprises ...

12/AUG/2011	14 :02 :59	0 :03 :12	70223777	Appel (17)	070	Normal	Communication
16-juil-11	17 :56 :20	0 :01 :22	70223777	Appel (17)	070	Réduit	Communication

Ce numéro n'apparaît dans les GSM que chez lui ... il y a des 070 sur les gsm des collaborateurs mais celui là ne sort que là ».

Par mail du 4 novembre 2011, Monsieur M. demande également :

- à Monsieur L. de lui fournir pour les 4 dates reprises dans les notes de frais de Monsieur W.J-L. les heures de pointages et de badgages avec l'endroit (Bruxelles ou Mons) ; la réponse lui est fournie par mail du 7 novembre 2011 ;
- à Monsieur VB de lui fournir pour les mêmes 4 dates les heures d'ouverture et de coupure du PC ; la réponse lui est fournie par mail du 7 novembre 2011.

Les devoirs complémentaires, dès lors qu'ils ont été réalisés dans un délai raisonnable à la suite de l'enquête interne concernant, notamment, l'utilisation de la ligne téléphonique, n'avaient manifestement pas pour effet de faire renaître fictivement le délai légal de trois jours ouvrables.

A l'instar des premiers juges, la cour considère, en conséquence, que le prescrit de l'article 35, alinéas 3 et 4, de la loi du 3 juillet 1978 a été respecté.

3.2. Fondement du congé

L'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail autorise chacune des parties au contrat à résilier celui-ci, sans préavis ou avant l'expiration du terme prévu, pour un motif grave laissé à l'appréciation du juge et précise qu'est considérée comme constituant un tel motif, « *toute faute grave qui rend immédiatement impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur* ».

Il en découle que la notion de motif grave implique la réunion des trois éléments suivants :

- le motif grave ne peut résulter que d'un acte fautif ;
- la faute commise doit être intrinsèquement grave ;
- la gravité de la faute doit être telle qu'elle détruit le rapport de confiance et entraîne la rupture immédiate du contrat (M. DAVAGLE, « *La notion de motif grave : un concept difficile à appréhender* », in Orientations, 2003, n°4, p.16).

Le fait qui justifie le congé pour motif grave est le fait accompagné de toutes les circonstances de la cause invoquées par la lettre notifiant ce motif et de nature à lui conférer le caractère d'un motif grave (Cass., 28 octobre 1987, Pas., 1988, I, p.238).

Des faits antérieurs peuvent, ainsi, constituer un éclaircissement du grief invoqué comme motif grave (Cass., 6 septembre 2004, J.T.T., 2005, p.140), et ce, même s'ils ne

sont pas mentionnés dans la lettre de congé, encore faut-il cependant qu'ils soient invoqués expressément par la partie qui licencie et qu'ils soient de nature à éclairer le juge sur la gravité du motif allégué (Cass., 21 mai 1990, J.T.T., 1990 , p.435).

En l'espèce, le motif grave, invoqué par l'employeur et tel qu'il est explicité dans la lettre de congé, est constitué de plusieurs comportements qu'il estime gravement fautifs :

- fraude aux remboursements des frais professionnels ;
- fraude aux pointages ;
- utilisation abusive du téléphone professionnel à des fins personnelles.

3.2.1. Fraude aux remboursements des frais professionnels

L'appelante fait valoir que l'intimé a comptabilisé un kilométrage qui ne correspond pas à la réalité et qu'il s'est fait rembourser des frais de déplacement entre Mons et Bruxelles alors que les déplacements n'ont pas été effectués ; la fraude concernerait les dates suivantes : 9 août 2011, 11 août 2011, 16 août 2011 et 19 août 2011.

Elle entend établir la réalité de la fraude en comparant et en croisant son calendrier Outlook, ses pointages, ses badgeages d'accès et ses accès au PC pour ces dates.

L'analyse des documents versés aux débats par l'appelante permet de relever les éléments suivants :

Dates	Notes de frais	Badges	Pointages	Agenda outlook	Ordinateur
9/8/11	Mons AM Bruxelles PM 130 kms	7 h 16/7 h 17/ 13 h 52/13h53	7 h 20/12 h 30/ 13 h/16 h 03	Mons AM Diner Corteville Formation produits PM	logon à 7 h 30, logoff à 14 h 07 puis logon à 14 h 14 et logoff à 16 h 04
11/8/11	Bruxelles AM Mons PM 130 kms	7 h 27	Rien sauf mentions « Ajouter M" et « Ajuster tps.théor. »	Formation AM Congé ??? PM	logon à 7 h 40, logoff à 11 h 54
16/8/11	Bruxelles AM Mons PM 130 kms	7 h 27/ 13 h 17/ 13 h 20	7 h 31/ 12 h 30 Mentions « Ajouter MZCJ » et « Ajuster tps.théor. »	Formation AM Mons PM	logon à 7 h 41, logoff à 8 h 10 puis logon à 13 h 53 et logoff à 14 h 18

COUR DU TRAVAIL DE MONS – arrêt du 10 juin 2015 - 2014/AM/55

19/8/11	Bruxelles AM Mons PM 130 kms	rien	Rien sauf mentions « <i>Ajouter M</i> » et « <i>Ajuster tps.théor.</i> »	Formation AM Congé PM	logon à 7 h 15 et logoff à 7 h 25
---------	---------------------------------------	------	---	--------------------------	---

L'appelante ne conteste pas que, durant ces 4 journées, l'intimé s'est rendu sur le site de Bruxelles mais elle relève qu'il n'y a aucun badgeage d'accès sur le site de Mons.

Elle en déduit que, contrairement à ce qui est renseigné sur les notes de frais, l'intimé n'a pas fait le trajet BRUXELLES – MONS pour ces 4 journées et qu'en tout état de cause, il ne pouvait réclamer le remboursement de 130 kms.

L'intimé fait valoir que les indications émanant du contrôle des badges ne sont pas probantes dès lors que les portes d'accès ne sont pas systématiquement fermées ; il précise, en outre, que les notes de frais ont été approuvées par sa supérieure hiérarchique.

L'examen des pièces permet de relever qu'effectivement, le contrôle des badges ne permet pas d'établir avec certitude les allées et venues des membres du personnel sur un site. La cour en veut pour preuve que :

- Le 11 août 2011, le badge de l'intimé établit qu'il est entré à 7 h 16 sur le site de Bruxelles alors qu'il n'existe aucun badgeage de sortie ; or, il est évident que l'intimé est sorti du bâtiment à un moment ou l'autre de la journée. Il en est de même pour la journée du 13 octobre 2011.
- Le 19 août 2011, alors que l'appelante admet que l'intimé participait à une formation Opfor à Bruxelles, il n'y a aucun badgeage.

Il s'ensuit que l'absence de badgeage sur un site ne permet pas d'établir avec certitude l'absence de l'intimé sur ce même site.

Il en est de même de l'utilisation du PC dont les données ne correspondent pas systématiquement à celles reprises dans les badgeages.

Par ailleurs, alors que l'appelante prétend que l'intimé a frauduleusement comptabilisé un trajet double (130 kms) au lieu d'un trajet simple BRUXELLES-MONS (71 kms), sa thèse ne correspond pas aux règles applicables suivant la directive du 31 mars 2010. En effet, aux termes de l'avenant au contrat de travail du 14 juin 2011, le lieu de travail de l'intimé se situe à Mons. Ainsi, sur base de la directive, dans le cas où l'intimé se rendait directement en mission à Bruxelles (ce qui n'est pas contesté) avec un retour à Mons, le nombre de kilomètres devait se calculer comme suit : Kms REBECQ - BRUXELLES – Kms REBECQ – MONS/2 (c'est la deuxième configuration renseignée). A cet égard,

l'appelante prétend, sans le prouver, qu'auparavant, lors de ses déplacements entre BRUXELLES et MONS, l'intimé n'encodait jamais 130 kms.

En tout état de cause, la directive du 31 mars 2010 précise :

« Pour rappel, le rôle comptabilité est de valider la dépense acceptée par le manager. La pertinence de la dépense relève donc bien de la responsabilité du manager ».

Or, en l'espèce, toutes les notes de frais litigieuses ont été acceptées par le manager de l'intimé et, ensuite, validées et payées.

L'appelante ne peut, donc, soutenir que ces notes de frais ne correspondaient pas à la réalité et étaient contraires aux instructions données.

Il en est d'autant plus ainsi que :

- pour certaines journées litigieuses, l'intimé avait eu un contact avec sa supérieure hiérarchique qui aurait dû se rendre compte de ce que l'existence de trajets BRUXELLES-MONS n'existait pas ;
- le contrôle a eu lieu dans un délai rapproché ;
- l'erreur invoquée par l'appelante (kilométrage double) était à ce point flagrante, si l'on suit sa thèse, que le manager devait, à la supposer établie, refuser les notes de frais.

Compte tenu de ces éléments, en tout état de cause, à supposer que les notes de frais de l'intimé contiennent des inexactitudes – ce qui n'est pas établi de manière certaine -, il n'existait pas dans son chef d'intention délibérée de tromper son employeur.

L'appelante reste, donc, en défaut d'établir l'existence d'une fraude aux remboursements des notes de frais.

3.2.2. Fraude aux pointages

L'appelante fait valoir que l'intimé a effectué de faux pointages en encodant délibérément des prestations de travail non effectuées; la fraude concernerait les dates suivantes : 9 août 2011, 11 août 2011, 16 août 2011, 19 août 2011, 28 septembre 2011 et 13 octobre 2011.

Elle entend établir la réalité de la fraude en comparant et en croisant son calendrier Outlook, ses pointages, ses badgeages d'accès et ses accès au PC pour ces dates.

COUR DU TRAVAIL DE MONS – arrêt du 10 juin 2015 - 2014/AM/55

L'analyse des documents versés aux débats par l'appelante permet de relever les éléments suivants :

Dates	Notes de frais	Badges	Pointages	Agenda outlook	Ordinateur
9/8/11	Mons AM Bruxelles PM 130 kms	7 h 16/7 h 17/ 13 h 52/13h53	7 h 20/12 h 30/ 13 h/16 h 03	Mons AM Diner Corteville Formation produits PM	logon à 7 h 30, logoff à 14 h 07 puis logon à 14 h 14 et logoff à 16 h 04
11/8/11	Bruxelles AM Mons PM 130 kms	7 h 27	Rien sauf mentions « Ajouter M'' et « Ajuster tps.théor. »	Formation AM Congé ??? PM	logon à 7 h 40, logoff à 11 h 54
16/8/11	Bruxelles AM Mons PM 130 kms	7 h 27/ 13 h 17/ 13 h 20	7 h 31/ 12 h 30 Mentions « Ajouter MZCJ » et « Ajuster tps.théor. »	Formation AM Mons PM	logon à 7 h 41, logoff à 8 h 10 puis logon à 13 h 53 et logoff à 14 h 18
19/8/11	Bruxelles AM Mons PM 130 kms	rien	Rien sauf mentions « Ajouter M'' et « Ajuster tps.théor. »	Formation AM Congé PM	logon à 7 h 15 et logoff à 7 h 25
28/9/11	-	7 h 20/ 15 h 22/ 15 h 23	7 h 22/ 12h/ 12 h 59/ 16 h 17	-	-
13/10/11		7 h 20	à 7 h 23/ 11 h 44/ 12 h 12 / 15 h 48	Bruxelles AM	-

S'il ressort effectivement de la comparaison de ces documents que des anomalies et/ou des oublis sont constatés au niveau des pointages, la cour considère qu'il n'y a pas lieu d'y déceler, dans le chef de l'intimé, une intention de tromper son employeur sur la réalité de ses prestations et ce, pour les motifs suivants :

- Si l'intimé reconnaît que, pour certaines journées, il a omis de procéder aux pointages de ses prestations comme le prévoit le règlement de travail, il n'a nullement tenté de dissimuler ces oublis ; que du contraire, l'appelante elle-même admet qu'il en a avisé son manager qui a lui-même procédé à l'encodage des pointages *a posteriori* pour les journées des 9 août 2011, 28 septembre 2011 et 13 octobre 2011.
- L'absence d'intention de l'intimé de dissimuler son emploi du temps ressort, également, du fait qu'il en a informé son manager (l'appelante

reconnaît que tel est le cas pour la maladie du 16 août 2011, même s'il n'a pas modifié son calendrier Outlook) et qu'il a renseigné, dans son calendrier Outlook, le repas avec un collègue ainsi que son congé du 19 août 2011 PM.

La cour relève, en outre, que les informations émanant du *logoff* du PC de l'intimé ont une valeur probante incertaine ; ainsi, pour la journée du 19 août 2011, il y a un *logoff* à 7 h 25 alors que l'appelante déclare qu'il a travaillé à Bruxelles jusque 13 h. De même, pour la journée du 16 août 2011, il y a un *logoff* à 14 h 18 alors que l'appelante affirme qu'il était en maladie tout l'après-midi.

Outre que le recoupement des différents éléments (badgées, pointages, *login/logoff* du PC, calendrier Outlook) ne permet pas d'établir avec certitude une fraude aux pointages, les affirmations de l'appelante selon lesquelles l'intimé n'était pas présent dans les locaux ou n'était pas joignable sur son GSM à certaines dates sont contestées et ne sont pas établies.

Il ressort des considérations qui précèdent que les anomalies et/ou oublis qui figurent dans les pointages de l'intimé ne sont pas révélateurs d'un comportement fautif avéré et qu'en tout état de cause, si certaines négligences peuvent être décelées à cet égard dans le chef de l'intimé, elles ne revêtent pas un caractère intentionnel ou frauduleux justifiant une rupture de confiance.

3.2.3. Usage abusif du téléphone et d'internet

L'appelante fait valoir que l'intimé a, durant ses heures de travail, passé de nombreux appels personnels via la ligne téléphonique de son employeur vers le numéro surtaxé 070/22.37.77 et consulté des sites internet dénués de tout lien avec son activité professionnelle.

Elle entend établir la réalité de ces griefs par la production :

- d'une facture BELGACOM d'août 2011 établissant 5 h 37' de communications émanant du poste 065/320600 comptabilisées pour ce numéro 070/22.37.77, à concurrence d'un coût de 101,235 € ;
- d'un e-mail de Monsieur T. du 7 novembre 2011 auquel est annexé un fichier reprenant les communications émanant du GSM de l'intimé du 13 juillet au 12 octobre 2011, dont 2 communications au numéro 070/22.37.77 ; le dit e-mail relate que ce numéro n'apparaît que dans le GSM de l'intimé ;
- d'un relevé des sites internet visités par l'intimé entre le 1^{er} et le 30 septembre 2011.

L'intimé estime que les contrôles opérés par l'appelante sur ses communications téléphoniques et ses consultations de sites internet sont contraires aux dispositions relatives à la protection de la vie privée du travailleur et que les pièces produites à cet égard doivent être écartées des débats.

En tout état de cause, il considère que les griefs qui lui sont reprochés ne sont pas prouvés ou qu'à tout le moins, il n'est pas établi avec certitude qu'ils lui sont imputables.

La question de la violation de la vie privée du travailleur a déjà souvent été évoquée devant les juridictions du travail dans le cadre de litiges portant sur la régularité d'un licenciement pour motif grave que l'employeur entend établir en tout ou en partie en produisant des informations recueillies dans le téléphone mis à disposition du travailleur ou dans son ordinateur professionnel (données de connexions à l'*internet*, copie des *e-mails*, documents *word* figurant sur le disque dur,...).

Le contrôle du caractère régulier de l'obtention de ces preuves s'avère complexe dans la mesure où il nécessite l'application cumulative de différents textes légaux et réglementaires ; ce qui explique qu'il est difficile de dégager une jurisprudence homogène dans ce domaine.

En effet, la régularité de la collecte de ces informations doit être examinée au regard des dispositions suivantes :

- article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme,
- article 22 de la Constitution,
- la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard du traitement de données à caractère personnel,
- article 124 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (anciennement, article 109ter D de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques autonomes, dite *loi Belgacom*),
- articles 314 bis et 259 bis du Code pénal qui n'ont cependant qu'une pertinence limitée puisque la protection instaurée n'intervient que pendant la transmission et ne s'applique pas aux contrôles qui interviennent postérieurement (elle ne s'applique donc pas en l'espèce),
- la C.C.T. n° 81 relative à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électroniques en réseau.

Aux termes de ces dispositions, le contrôle par l'employeur de l'utilisation par le travailleur des moyens de télécommunications mis à sa disposition sur le lieu de travail

doit s'apprécier au regard de 4 critères : légalité, transparence, finalité et proportionnalité.

Concernant la condition de légalité, aucune loi matérielle ni formelle n'est nécessaire ; il suffit que l'ingérence soit prévue dans un règlement ou document reprenant les règles applicables à l'utilisation des technologies au sein de l'entreprise.

En l'espèce, s'agissant de l'utilisation du téléphone (ligne fixe ou GSM), l'article 45, point 4, du règlement de travail stipule ce qui suit : « *il est totalement défendu au travailleur de se servir abusivement, sans accord de son responsable hiérarchique, du téléphone professionnel à des fins personnelles* ».

Concernant la condition de transparence, l'article 9 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard du traitement de données à caractère personnel impose à l'employeur d'informer la personne concernée par les données traitées des finalités du traitement.

En l'espèce, l'appelante prétend que cette information a été donnée à l'intimé par Madame D., laquelle occupait le bureau privatif dont le poste de téléphone « 739 » avait été ciblé comme étant le poste dont émanait les appels litigieux. Ce que l'intimé conteste.

En réalité, dès lors que le poste téléphonique mis sous surveillance n'était pas celui de l'intimé, un défaut d'information à son égard est sans incidence.

Par contre, il n'est pas établi qu'une quelconque information ait été donnée pour le contrôle du GSM de l'intimé, ni pour le contrôle de ses connections internet.

Concernant la condition de finalité, l'ingérence doit être justifiée par des circonstances précises, dans le cadre d'une investigation strictement professionnelle.

En l'espèce, les circonstances qui ont justifié le contrôle des données au départ du GSM et de l'ordinateur de l'intimé se situent dans le cadre d'investigation purement professionnelle puisque son origine est l'existence d'une facture BELGACOM établie au nom de l'appelante et reprenant un nombre important de communications vers un numéro surtaxé. Ainsi, l'appelante était autorisée à contrôler les données de communications aux fins de poursuivre la protection des intérêts économiques de l'entreprise.

Concernant la condition de proportionnalité, l'ingérence doit être proportionnée au but poursuivi et être limitée au strict nécessaire. En pratique, ce principe se traduit par une interdiction d'individualisation systématique des données de télécommunications. Lorsque le contrôle poursuit d'autres finalités, l'individualisation ne peut être

qu'indirecte en ce qu'elle doit comporter une phase d'avertissement préalable.

En l'espèce, il apparaît que l'ingérence dans les données du GSM de l'intimé n'a pas fait l'objet d'un avertissement préalable et que les investigations du sieur T. sont allées bien au-delà de ce qui lui était demandé puisqu'il parle des infos qu'il a sur l'intimé depuis l'origine et qu'il communique plusieurs informations qu'il a sélectionnées (alors qu'il lui était demandé de fournir les numéros professionnels appelés au départ du GSM de l'intimé en septembre et octobre, il va sélectionner les communications, SMS et « autres » pour la période du 13 juillet au 12 octobre 2011).

Il ressort des considérations qui précèdent qu'à tout le moins, le contrôle du GSM de l'intimé ne répond pas aux principes de transparence et de proportionnalité.

Toutefois, il ne s'en déduit pas automatiquement que les éléments de preuves produits par l'appelante doivent être écartés.

Il résulte de l'enseignement de la Cour de cassation que, sauf disposition légale contraire, il appartient au juge d'apprécier l'admissibilité d'une preuve illicitement recueillie en tenant compte de tous les éléments de la cause. Une telle preuve ne peut être écartée, sauf violation d'une forme prescrite à peine de nullité, que si l'irrégularité entache la fiabilité de la preuve ou si elle compromet le droit à un procès équitable (Cass., 10 mars 2008, J.L.M.B., 2009, p.580).

D'un point de vue théorique, la jurisprudence qui découle de l'application de cet arrêt permet au juge d'opérer une réelle mise en balance des intérêts en présence (CT. Mons, 8^{ième} ch., 8 décembre 2010, J.L.M.B., 2011. P.715)

En l'espèce, si aucune des formalités stipulées dans les différentes dispositions communautaires, légales et réglementaires applicables n'est prévue à peine de nullité et si le débat contradictoire noué devant la juridiction du travail ne compromet pas le droit à un procès équitable, la cour estime que l'irrégularité commise entache la fiabilité des preuves recueillies. Ce que l'intimé fait valoir en considérant que l'appelante « *a tenté de rapporter des preuves de manière déloyale et tout à fait illégale* ».

En effet, outre que, suite au mail de Monsieur M. du 4 novembre 2011, le sieur T. a ciblé ses investigations dans un but bien précis et orienté (« *Si c'est cela que tu cherches...* ») et dans une période qui n'était pas celle qu'il lui était demandée de contrôler, il a, d'autorité et sans produire la preuve de ses allégations, écarté l'implication éventuelle des autres collègues tout en reconnaissant l'utilisation dans leur chef de numéros 070.

La fragilité de ces allégations est, d'ailleurs, implicitement reconnue par l'appelante qui entend les « *renforcer* » par d'autres éléments, tel, notamment, la consultation de sites internet en rapport avec le numéro litigieux.

Il s'ensuit que les preuves relatives à l'utilisation du GSM de l'intimé doivent être écartées des débats.

Surabondamment, et à supposer même que la cour puisse avoir égard à ces éléments de preuve, ils ne suffisent pas à établir avec certitude que l'intimé est l'auteur des 204 appels émis vers le numéro litigieux 070/223777 à partir du poste fixe 739 se trouvant dans le bureau privatif d'une collègue.

Le seul fait que le numéro en question a été formé à deux reprises, les 16 juillet et 12 août 2011, à partir du GSM professionnel de l'intimé ne permet pas de considérer que les 204 appels émis vers ce numéro litigieux pour une durée totale de 23 h 05' en 2010 et 2011 lui sont imputables dès lors que, d'une part, il conteste en être l'auteur et qu'il n'est pas démontré que c'est lui qui les a formés et que, d'autre part, il n'est pas, non plus, démontré que, durant la période litigieuse (2010/2011), les autres collaborateurs détenteurs d'un GSM professionnel n'ont jamais formé ce numéro.

Il subsiste un sérieux doute quant à la réalité et l'imputabilité du grief formulé à l'égard de l'intimé.

Or, le respect du précepte légal requiert l'apport d'une preuve rigoureuse et certaine que ne satisfait pas le constat d'une simple « *crédibilité* » de manière telle que le doute profite au travailleur licencié (en ce sens : Cass., 17 septembre 1999, Pas., I, p. 664).

En outre, le témoignage du sieur T. concernant l'exclusion des autres collaborateurs ne peut être retenu, ni autorisé.

En effet, l'article 12 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail stipule que « *La preuve testimoniale est admise, à défaut d'écrit, quelle que soit la valeur du litige* ».

Ainsi, lorsqu'il y a un écrit, l'article 12 de la loi sur les contrats de travail ne s'applique pas puisqu'il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit que par un autre écrit.

Or, il est manifeste que l'examen des numéros de téléphone composés au départ des GSM des autres collaborateurs se base sur un écrit.

Enfin, les autres éléments invoqués par l'appelante, à titre de présomptions, pour considérer que l'intimé est l'auteur des 204 appels émis vers le numéro litigieux pour une durée totale de 23 h 05' en 2010 et 2011 sont contestés et non établis. Il en est ainsi de la connaissance par l'intimé des plannings des collaborateurs occupant le bureau avec le poste 739, de l'absence de l'occupante habituelle du bureau lors du dernier appel, de la présence de l'intimé sur le site au moment des appels et de l'information donnée à l'intimé quant à la surveillance de ce poste.

S'agissant de la consultation de sites internet entre le 1^{er} et le 30 septembre 2011, l'intimé prétend qu'il s'agit de sites qui n'ont aucun lien avec le numéro litigieux 070/223777. L'appelante n'établit pas le contraire.

Il ressort des considérations qui précèdent que l'appelante reste en défaut de prouver avec certitude l'existence de fautes qui, prises ensemble ou isolément, rompent toute confiance entre parties et empêchent immédiatement et définitivement toute collaboration professionnelle.

Il s'ensuit que l'indemnité compensatoire de préavis est due.

Il en est de même de l'indemnité conventionnelle complémentaire de licenciement dès lors que le licenciement pour motif grave n'est pas légalement justifié et qu'aucune faute, fut-elle avérée, n'a fait l'objet d'un avertissement écrit (article 3 de la CCT relative à la mise en œuvre du protocole d'accord du 16 février 2010).

L'appel principal n'est pas fondé sur ce point.

3.3. Retenues illicites

L'appelante considère qu'elle était en droit de retenir sur la rémunération de l'intimé une somme de 588,32 € correspondant au remboursement des frais de déplacements fictifs et aux factures liées aux 204 appels vers le numéro litigieux surfacturé.

Dès lors qu'elle reste en défaut d'établir tant l'existence d'un dol, d'une faute lourde, d'une faute légère habituelle dans le chef de l'intimé que celle d'un accord ou d'une décision judiciaire, cette retenue n'était pas légalement justifiée.

L'appel principal n'est pas fondé sur ce point.

3.4. Abus du droit de licencier

L'intimé sollicitait la condamnation de l'appelante au paiement d'une somme de 10.000 €, à titre de dommages et intérêts pour abus de droit de licencier.

Les premiers juges ont fait, partiellement, droit à cette demande et ont fixé le dommage de l'intimé *ex aequo et bono* à 2.500 €.

L'appelante considère que cette demande est non fondée.

En droit, la base légale d'une réclamation d'indemnité pour licenciement abusif d'un employé repose sur les termes généraux de l'article 1382 du Code civil (fondement aquilien) ou sur ceux de l'article 1134 dudit code (fondement contractuel), et non sur ceux de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978.

A l'inverse du mécanisme légal de l'article 63 de la loi du 3 juillet 1978 qui concerne le licenciement abusif d'un ouvrier, cette construction jurisprudentielle d'indemnisation du licenciement abusif fondée sur les dispositions du Code civil ne procède ni par inversion de la charge de la preuve, ni par limitation de son objet, ni par fixation forfaitaire de la réparation.

Il en résulte que l'employé licencié qui se prétend victime d'un licenciement abusif ne peut se contenter d'invoquer que celui-ci s'appuie sur des motifs non avérés, voire sur l'absence de motif, mais doit au contraire apporter la preuve certaine que l'acte juridique que constitue la rupture est concrètement constitutif d'abus de droit, soit qu'il est totalement disproportionné par rapport à l'intérêt servi, soit qu'il est révélateur d'une intention de nuire, soit qu'il détourne le droit de sa fonction sociale, soit encore qu'il révèle un comportement anormal et qu'il est par ailleurs générateur dans son chef d'un préjudice distinct de celui que répare forfaitairement l'indemnité compensatrice de préavis (Voyez notamment : C.T. Mons, 14.05.1992, Chr.D.S., 1993, 72 ; C.T. Mons, 24.04.1994, J.L.M.B., 1994, 1409 ; C.T. Mons, 25.09.1997, J.T.T., 1998, 315 et Cass., 07.05.2001, J.T.T., 2001, 410).

En l'espèce, l'intimé considère que son licenciement est abusif pour les motifs suivants :

- il a été détourné de sa finalité dans la mesure où l'appelante souhaitait le licencier à bon compte craignant sa future candidature aux élections sociales ;
- il a été décidé à la légère dès lors que la réalité des motifs invoqués n'était pas établie ;
- il a nui à son honneur et à sa réputation.

L'intimé n'établit pas que le motif réel de son licenciement serait lié à sa future candidature aux élections sociales, ni qu'il constituerait une mesure de représailles à son égard.

Par ailleurs, le seul fait que le motif grave justifiant le licenciement sur-le-champ ne soit pas établi n'emporte pas automatiquement l'existence d'un licenciement abusif. En effet, l'abus doit nécessairement résulter d'un fait juridique annexe au licenciement puisque l'irrégularité qui entache, éventuellement, celui-ci est spécifiquement réparée par l'obligation au paiement de l'indemnité compensatrice de préavis laquelle revêt un caractère forfaitaire en ce sens qu'elle est censée réparer l'ensemble du préjudice qui résulte de l'acte, dans toutes ses manifestations matérielles ou morales.

A cet égard, la cour de céans ne peut suivre l'argumentation retenue par les premiers juges qui considèrent que l'appelante a choisi la voie la plus dommageable en procédant au licenciement pour motif grave sur base de simples soupçons. En effet, l'employeur est seul juge des nécessités de l'entreprise ; ce qui a pour conséquence qu'il n'incombe pas à la juridiction saisie d'une demande d'indemnité pour licenciement abusif d'exercer un contrôle d'opportunité du licenciement (Anthémis, *Le droit social face à la crise*, « *La notion de licenciement abusif en période de crise économique* », pp. 125 et 132 et références citées).

Enfin, il n'est pas établi que, lors du licenciement, l'appelante aurait nui à la réputation et à l'honneur de l'intimé en portant à son encontre des accusations calomnieuses. Au contraire, dans la lettre de congé, il n'est jamais fait référence à la nature du numéro d'appel litigieux surtaxé 070/223777 (numéro de rencontres pour homosexuels), ni à la consultation de sites de rencontres homosexuelles. Le fait que, par la suite, ces éléments ont été dévoilés dans le cadre de la défense de l'appelante est sans incidence dès lors que la caractéristique abusive éventuelle du licenciement s'apprécie au moment du congé.

L'intimé n'apporte pas la preuve que l'appelante aurait abusé de son droit de licencier de quelque manière que ce soit.

L'appel principal est fondé sur ce point tandis que l'appel incident est non fondé.

PAR CES MOTIFS,

La cour,

Statuant contradictoirement,

Ecartant toutes conclusions autres ;

Vu la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire, notamment l'article 24 ;

Reçoit les appels.

Déclare l'appel principal fondé uniquement dans la mesure ci-après.

Déclare l'appel incident non fondé.

Réforme le jugement querellé uniquement en ce qu'il condamne l'appelante à payer à l'intimé 2.500 € nets à titre de dommages et intérêts pour abus de droit de licencier, à majorer des intérêts légaux et judiciaires à dater de la rupture.

Emendant, déclare la demande originaire de l'intimé tendant à obtenir la condamnation de l'appelante au paiement de dommages et intérêts pour abus de droit de licencier non fondée et l'en déboute.

Confirme le jugement querellé pour le surplus.

Condamne l'intimé aux frais et dépens de l'instance d'appel liquidés dans le chef de l'appelante à 5.500 €.

Ainsi jugé par la 8^{ème} chambre de la cour du travail, composée de :

Madame P. CRETEUR, Conseiller président la chambre,
Monsieur E. VERCAEREN, Conseiller social au titre d'employeur,
Monsieur R. AUBRY, Conseiller social au titre de travailleur employé
Madame V. HENRY, Greffier,

qui en ont préalablement signé la minute.

Le Greffier,

Les Conseillers sociaux,

Le Président,

Et prononcé, en langue française, à l'audience publique du 10 juin 2015 par Madame P. CRETEUR, conseiller, avec l'assistance de Madame V. HENRY, greffier.

Le Greffier,

Le Président,